



**Universidade de Brasília**  
**Faculdade de Direito**  
**Curso de Graduação em Direito**

**GABRIEL RÜBINGER-BETTI**

**USO ABUSIVO DE TRATADOS CONTRA DUPLA TRIBUTAÇÃO:  
PERSPECTIVAS DE APLICAÇÃO DA AÇÃO 6  
DO PROJETO BEPS AO BRASIL**

**Brasília**  
**2017**



**Universidade de Brasília**  
**Faculdade de Direito**  
**Curso de Graduação em Direito**

**GABRIEL RÜBINGER-BETTI**

**USO ABUSIVO DE TRATADOS CONTRA DUPLA TRIBUTAÇÃO:  
PERSPECTIVAS DE APLICAÇÃO DA AÇÃO 6  
DO PROJETO BEPS AO BRASIL**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em direito, elaborada sob a orientação do Prof. Dr. Luiz Alberto Gurgel de Faria.

**Brasília**

**2017**

**GABRIEL RÜBINGER-BETTI**

**USO ABUSIVO DE TRATADOS CONTRA DUPLA TRIBUTAÇÃO:  
PERSPECTIVAS DE APLICAÇÃO DA AÇÃO 6  
DO PROJETO BEPS AO BRASIL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

---

Prof. Dr. Luiz Alberto Gurgel de Faria  
(Orientador)

---

Prof. Dr. Antônio de Moura Borges  
(Avaliador)

---

Prof. Me. Alberto de Medeiros Filho  
(Avaliador)

---

Prof. Leandro Madureira Silva  
(Suplente)

Brasília, 24 de novembro de 2017.

## **Agradecimentos**

Dedico este trabalho aos meus pais, Adriana e André, que me ensinaram aquilo de maior valor: a dedicação, a coragem e a persistência. Que a minha trajetória possa espelhar a de vocês. Peço benção às minhas avós, Maria Ângela e Ivone, exemplos maiores de força e sabedoria.

À Paula, companheira de todas as horas, o meu principal agradecimento, não só por oferecer apoio e afeto no processo de escrita, mas pela importância central na elaboração deste trabalho, fruto de nossos incontáveis debates a respeito do tema. Este trabalho também é seu, Paula.

Meu obrigado aos amigos e às amigas, pelos momentos de alegria ímpar. Agradeço, em especial, aos que me acompanharam de perto durante o percurso da graduação: Artur Aguiar, Érika Moreira, Gabriel Diniz, Gabriella Souza, Luiz Dantas, Renata Malheiros e Rodrigo Salgado. Saravá, meus camarás. Que venham muitos sambas por aí!

Sou grato à Universidade de Brasília pelas experiências e pelas oportunidades únicas. A todas as discussões nos corredores, jardins e salas da UnB, transformadoras da minha visão do mundo. Um abraço apertado ao pessoal do IdA e do LIP, por me ajudarem a enfrentar com leveza os momentos mais difíceis do curso de Direito.

Meu agradecimento especial à professora Claudia Roesler, exemplo de excelência acadêmica, por ter despertado meu interesse pela pesquisa. Obrigado por ter me acolhido tão cedo e aberto tantos caminhos. Guardo a certeza de que o nosso vínculo acadêmico será perene.

Agradeço ao meu orientador, Luiz Alberto Gurgel de Faria, tanto pelas valorosas aulas, que fomentaram meu fascínio pelo Direito Tributário, quanto pela orientação, que enriqueceu o presente trabalho. Agradeço, também, aos membros da banca avaliadora, pela solicitude e confiança.

Um abraço à equipe do escritório Roberto, Mauro e Advogados, em especial ao Leandro Madureira, cujo brilhantismo admiro e a quem agradeço pelo ensinamento crítico do Direito Previdenciário.

Às que lutam todos os dias por um mundo menos desigual, meu salve!

*“Dessa Lei nunca m’isqueço:  
cum suó cumê u pão.  
Mermo Jesus cuano moço  
na Terra tombém foi pião.”*

(Elomar, O Peão na Amarração)

## Resumo

Com o advento da globalização, as concepções tradicionais acerca da tributação, vinculadas à soberania estatal, são desafiadas. Ao explorar as falhas e discrepâncias entre os sistemas tributários nacionais e os tratados contra dupla tributação, o planejamento tributário internacional adquire uma dimensão sem precedentes, ocasionando expressiva perda de receitas para os Estados. O Projeto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) da OCDE consiste na principal proposta, em âmbito internacional, para a solução do problema. Subdividido em quinze ações, o projeto pretende estabelecer coerência, substância e transparência na tributação internacional. Nesse contexto, o presente trabalho tem por objetivo analisar as perspectivas de aplicação da Ação 6 (Prevenir o uso abusivo de tratados) do Projeto BEPS ao Brasil, investigando a compatibilidade das medidas propostas pela OCDE com o Sistema Tributário Nacional.

**Palavras-chave:** Uso abusivo de tratados, *Treaty shopping*, Projeto BEPS, Direito Tributário Internacional

## **Abstract**

The globalization phenomenon challenges the traditional conceptions of taxation, which are linked to state sovereignty. Using flaws and mismatches between national tax systems and double tax treaties, international tax planning has taken an unprecedented size, leading the states to a significant loss of revenue. The OECD BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) Project is the most comprehensive proposal, at the international level, to resolve this issue. Divided into fifteen actions, the project aims to establish coherence, substance and transparency in international taxation. In this context, the aim of this work is to analyze the prospects for the application of BEPS Action 6 (Prevent treaty abuse) to Brazil, inquiring into the compatibility of the measures proposed by the OECD with Brazilian Tax System.

**Keywords:** Treaty abuse, treaty shopping, BEPS Project, International Tax Law

## **Zusammenfassung**

Das Globalisierungsphänomen stellt die traditionellen Vorstellungen von Besteuerung, die mit staatlicher Souveränität verbunden sind, in Frage. Durch die Anwendung von Mängel und Diskrepanzen zwischen nationalen Steuersystemen und Doppelbesteuerungsabkommen hat die internationale Steuerplanung eine beispiellose Größe erreicht, was die Staaten zu einem erheblichen Einnahmeverlust veranlasst hat. Das BEPS-Projekt (*Base Erosion and Profit Shifting*) der OECD ist der wichtigste Vorschlag auf internationaler Ebene, diesen Streitpunkt zu lösen. Das Projekt ist in fünfzehn Aktionen unterteilt und beabsichtigt, Kohärenz, Substanz und Transparenz in der internationalen Besteuerung herzustellen. In diesem Zusammenhang besteht das Ziel dieser Arbeit darin, die Anwendungsmöglichkeiten der BEPS-Aktion 6 (Prevent agreement abuse) für Brasilien zu analysieren und die Vereinbarkeit der von der OECD vorgeschlagenen Maßnahmen mit dem brasilianischen Steuersystem zu untersuchen.

**Schlüsselwörter:** Verhinderung von Abkommensmissbrauch, *Treaty shopping*, BEPS-Projekt, Internationales Steuerrecht



## Sumário

Introdução .....	11
Capítulo 1 .....	15
1.1. Considerações iniciais .....	15
1.2. Características dos tratados de Direito Tributário Internacional .....	17
1.2.1. Dupla tributação internacional .....	18
1.2.2. Dupla não tributação internacional.....	20
1.2.3. Elementos de conexão .....	21
1.2.3.1. Fonte vs. residência .....	23
1.2.3.2. Universalidade vs. territorialidade .....	24
1.2.4. A Convenção Modelo da OCDE.....	26
1.3. Os tratados no ordenamento jurídico brasileiro .....	28
1.4. Os tratados contra a dupla tributação celebrados pelo Brasil .....	32
Capítulo 2 .....	33
2.1. Do treaty shopping ao uso abusivo de tratados ( <i>treaty abuse</i> ).....	33
2.1.1. <i>Treaty shopping</i> .....	33
2.1.2. Uso abusivo de tratados ( <i>treaty abuse</i> ).....	38
2.1.3. O combate ao <i>treaty shopping</i> pela OCDE .....	41
2.2. O Projeto BEPS ( <i>Base Erosion and Profit Shifting</i> ) da OCDE.....	43
2.3. A Ação 6 do Projeto BEPS: prevenir o uso abusivo de tratados.....	47
2.3.1. Seção A: Novas regras antiabuso .....	49
2.3.1.1. Cláusula LOB ( <i>Limitation-on-Benefits</i> ) .....	50
2.3.1.2. Regra PPT ( <i>Principal Purpose Test</i> ) .....	54
2.3.1.3. Modificações no preâmbulo e no título da Convenção Modelo.....	56
2.3.1.4. Outras regras.....	57
2.3.2. Seção B: Esclarecimentos sobre o objetivo dos tratados .....	59
2.3.3. Seção C: Questões de política fiscal .....	59
Capítulo 3 .....	62
3.1. Uma reflexão a partir do Sistema Tributário Nacional .....	62
3.1.1. Elisão fiscal.....	64
3.1.2. Evasão fiscal.....	67
3.2. Normas antielisivas .....	68
3.2.1. O parágrafo único do art. 116 do CTN .....	69
3.2.2. Normas antielisivas nos tratados firmados pelo Brasil.....	71
3.3. Perspectivas da Ação 6 do Projeto BEPS ao Brasil.....	73
3.3.1. Qual é o preço do combate ao uso abusivo de tratados?.....	73

3.3.2. O alcance do preâmbulo e título dos tratados internacionais .....	79
3.3.3. Questões de política fiscal: uma análise em dois planos .....	81
Considerações finais .....	84
Referências bibliográficas .....	88
Anexo A .....	95

## Introdução

*“Bate! Bate nesse patife, esse perturbador dos Cavaleiros,  
vil cobrador de tributos, poço sem fundo, turbilhão do confisco!”*

(Aristófanes, Os Cavaleiros, l. 247-248)

No contexto da globalização, as concepções tradicionais acerca da tributação – vinculadas à noção de que o poder de tributar é um desdobramento da soberania fiscal estatal – são permanentemente desafiadas. Com o aumento dos fluxos econômicos internacionais, a crescente mobilidade do capital e o advento da internet, o planejamento tributário adquiriu, ao nível internacional, uma relevância sem precedentes.

O Direito Tributário Internacional se estruturou ao longo do século XX em torno de uma premissa básica: eliminar o indesejável fenômeno da dupla tributação, entrave às trocas econômicas entre Estados. O combate à dupla tributação é realizado, salvo raras exceções, por meio de tratados bilaterais, em que os Estados, fazendo concessões recíprocas, limitam o seu poder de tributar, em troca da promoção de fluxos econômicos específicos.

Contudo, a premissa na qual se ergueu o Direito Tributário Internacional não mais é suficiente para resolver as questões que atualmente se impõem no âmbito da tributação internacional. Na medida em que os tratados contra a dupla tributação se difundiram ao redor do mundo, os contribuintes – especialmente as multinacionais – perceberam que poderiam explorar os tratados contra a dupla tributação e as discrepâncias entre os sistemas tributários nacionais para diminuir seu ônus fiscal, por meio de planejamento tributário internacional.

O crescimento da rede internacional de tratados contra a dupla tributação e a consolidação da globalização permitiram que elisão fiscal – ou seja, a diminuição do ônus fiscal por meios lícitos – alcançasse novos patamares. As estratégias de planejamento tributário internacional tornaram-se cada vez mais sofisticadas e complexas, reduzindo ou até mesmo eliminando a carga tributária incidente nas operações empresariais transnacionais. Além dos impactos negativos na concorrência empresarial, a elisão fiscal

internacional é causa da chamada “erosão da base tributária” dos países, que consiste na perda de recursos financeiros que chega à cifra dos bilhões de dólares.<sup>1</sup>

Em sua essência, a questão evidencia o descompasso entre as atividades econômicas do século XXI e o Direito Tributário Internacional, que, incapaz de acompanhar tais mudanças, se tornou obsoleto. As medidas unilaterais de combate à elisão fiscal, em vez de oferecerem uma resposta satisfatória ao problema, acentuaram as divergências entre os sistemas tributários nacionais, o que oportunizou o surgimento de novas formas de planejamento tributário internacional.

Nesse contexto, os Estados e organizações internacionais, preocupados com a perda de receita, rotularam essas estratégias elisivas de “agressivas” e “abusivas”, inserindo em definitivo a questão da erosão da base tributária nas pautas políticas e colocando o paradigma da tributação internacional em xeque. Em reunião realizada a pedidos dos líderes do G20, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, apresentou, em julho de 2013, o plano de ação *Base Erosion and Profit Shifting* – BEPS, que trata da questão da erosão da base tributária e transferência de lucros no contexto do planejamento tributário “agressivo”.

O Projeto BEPS consiste na mais ousada tentativa de combater o planejamento tributário “agressivo” em nível internacional, seja pela sua dimensão, seja pelas suas pretensões. Segundo a OCDE, é necessário repensar o Direito Tributário Internacional a partir dos pilares da coerência, substância e transparência, em uma abordagem holística e multilateral. O projeto foi repartido em 15 ações, cada uma delas com o objetivo de estudar os problemas identificados e apresentar soluções práticas. A tarefa, apesar de hercúlea, contou com um curto prazo de dois anos.

Os resultados das ações do Projeto BEPS foram apresentados ao longo do ano de 2015 e recebidos com entusiasmo e insatisfação pela comunidade internacional. No lado dos entusiasmados, as Administrações Tributárias e a sociedade civil, para quem a questão da erosão da base tributária e a transferência de lucros já havia ultrapassado dos limites. No lado dos insatisfeitos, os contribuintes envolvidos em operações internacionais, receosos com os impactos do projeto em seus negócios.

---

<sup>1</sup> Segundo estimativas da OCDE, o valor perdido pelos Estados anualmente é cerca de 100 e 240 bilhões de dólares. Cf. OCDE. **Inclusive Framework on BEPS – a global answer to a global issue**. Paris: OECD Publishing, 2017.

Com a entrega dos relatórios finais do Projeto BEPS e o início da implementação, por parte dos Estados, das medidas propostas pela OCDE, o Direito Tributário Internacional começou a sofrer mudanças de proporções sem precedentes, as quais o Brasil, sendo uma das maiores potências econômicas do mundo, não pode desconsiderar, especialmente em face de sua recente candidatura à OCDE.

Contudo, na medida em que o projeto foi formulado por uma organização que reúne nações, em sua grande maioria, desenvolvidas, com sistemas tributários nacionais bastante distintos do nosso, é elevada a chance de tais medidas não serem economicamente interessantes ao Brasil ou compatíveis com o Sistema Tributário Nacional.

É nesse contexto tempestuoso do Direito Tributário Internacional que se insere o presente trabalho, na urgência de realizar um cuidadoso estudo a respeito da conformidade, em termos jurídicos, políticos e econômicos, das medidas do Projeto BEPS ao Brasil, antes de sua internalização no ordenamento jurídico. A presente monografia tem como objetivo analisar as perspectivas de aplicação da Ação 6 do Projeto BEPS, que trata das medidas de combate ao “uso abusivo” de tratados contra dupla tributação (*treaty abuse*), à luz do Sistema Tributário Nacional, em especial dos princípios constitucionais tributários.

O primeiro capítulo deste trabalho abordará os pressupostos necessários à compreensão adequada do fenômeno do uso abusivo de tratados contra a dupla tributação, apresentando as premissas na qual o Direito Tributário Internacional se estruturou e se desenvolveu. Será debatido, também, o posicionamento dos tratados de direito internacional no ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo capítulo, o objeto de pesquisa será delimitado a partir da discussão acerca das diversas definições e alcances práticos dos termos *treaty shopping* e *treaty abuse* (uso abusivo de tratados). No segundo tópico, apresentaremos o Projeto BEPS da OCDE, em continuidade com os esforços anteriores da organização no combate ao *treaty shopping*. Finalmente, o terceiro tópico discorrerá a respeito da Ação 6 do Projeto BEPS, que trata do uso abusivo de tratados contra a dupla tributação, apontando as medidas de combate ao fenômeno propostas pela OCDE.

O terceiro capítulo pretende analisar as perspectivas de aplicação da Ação 6 do Projeto BEPS ao Brasil, em uma reflexão a partir do Sistema Tributário Nacional e dos

princípios constitucionais de proteção do contribuinte em face do Estado. Examinada a particular estruturação constitucional do nosso sistema tributário, apresentaremos as discussões realizadas no Brasil a respeito da elisão e evasão fiscal, temas intimamente relacionados ao planejamento tributário internacional. Tendo esse debate como pano de fundo, objetiva-se demonstrar em qual medida a Ação 6 do Projeto BEPS é aplicável ao Brasil, tanto a partir da perspectiva jurídica – sua conformidade com o Sistema Tributário Nacional – quanto a partir da perspectiva econômica de uma nação em desenvolvimento.

## Capítulo 1

### Os tratados no Direito Tributário Internacional

#### 1.1. Considerações iniciais

Dentre as diversas ramificações do Direito Internacional, o Direito Tributário Internacional talvez seja uma das disciplinas mais curiosas. Se, por um lado, os tratados de matéria tributária figuram entre os firmados com maior frequência entre as nações – somente os tratados que seguem o modelo da OCDE somam mais de 3.000<sup>2</sup> –, por outro lado, parte expressiva de seu conteúdo é quase idêntica.<sup>3</sup>

Desde sua origem, há mais de um século, a maior parte desses tratados se esforçam na resolução de um mesmo problema: a dupla (ou bi-) tributação internacional, fenômeno indesejável do ponto de vista econômico por causar distorções na concorrência e criar entraves ao comércio internacional. Tal fenômeno ocorre sempre que se verifica um concurso de normas tributárias internacionais, ou seja, quando o mesmo fato se integra na previsão de duas normas oriundas de sistemas tributários distintos.<sup>4</sup>

Para exemplificar as consequências negativas da dupla tributação internacional, imaginemos uma empresa venezuelana, fabricante de biscoitos, que almeje vender seus produtos no Brasil. Assim, constitui uma sociedade empresarial em Brasília, passando a fabricar e vender seus biscoitos e remeter o lucro obtido para a Venezuela. Nesse caso, inexistindo qualquer acordo ou convenção entre os países, a renda advinda da atividade empresarial provavelmente seria tributada duas vezes: a) no Brasil, primeiramente, onde a atividade econômica efetivamente ocorre; b) na Venezuela, novamente, quando os lucros forem remetidos, pois estes serão considerados parte da renda da empresa pelo princípio da universalidade.

É nesse contexto que os tratados contra dupla tributação adquirem especial relevância, na medida em que estabelecem regras de distribuição de competência tributária entre os diferentes estados, solucionando o conflito de normas tributárias e o

---

<sup>2</sup> OCDE. **Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties**. Paris: OECD Publishing, 2014, p. 16.

<sup>3</sup> Avi-Yonah estima que 75% das palavras contidas em um tratado para evitar a bitributação sejam exatamente iguais a de um tratado semelhante. Cf. AVI-YONAH, Reuven. **Double tax treaties: an introduction**. 2007, p. 1.

<sup>4</sup> XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 23-29.

fenômeno da dupla tributação internacional. Uma solução que pode ser adotada no caso é o método da imputação (*tax credit*): o Brasil tributa a empresa venezuelana, de acordo com sua legislação interna, e a Venezuela, país de residência da empresa, oferece uma dedução, no valor a ser pago de imposto de renda na Venezuela, do valor de imposto pago no Brasil.<sup>5</sup>

O fato das nações, via de regra, seguirem um padrão bastante determinado na feitura de um tratado de Direito Tributário Internacional (e o Brasil não é exceção) é compreensível do ponto de vista histórico. Essa característica decorre de um compromisso encabeçado pela Liga das Nações a partir da 1ª Guerra Mundial, época em que o imposto de renda começou a adquirir relevância e produzir a indesejável dupla tributação dos residentes de países europeus.<sup>6</sup> Nesse “Compromisso da Década de 1920”, estipulou-se que a alocação de competência tributária ocorreria de tal modo que o país da “fonte” seria competente para a tributação da renda “ativa” e o país de residência seria competente para a tributação da renda “passiva”.<sup>7</sup>

Ainda não vamos esmiuçar o conteúdo e a implicação dessa alocação de competência tributária. O que interessa, no momento, é notar que esse compromisso motivou a adoção, em 1928, de um modelo de convenção direcionado aos Estados que desejassem celebrar tratados contra a dupla tributação. Esse modelo, reformulado diversas vezes nos anos subsequentes, passou a ser efetivamente seguido pelos países e somente caiu no ostracismo com o advento da Organização Europeia para a Cooperação Econômica – OECE, posteriormente denominada Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OCDE, que publicou, em 1963, novo esquema de tratado, então chamado de “Convenção Modelo”.<sup>8</sup>

A Convenção Modelo da OCDE é o modelo de maior difusão ao redor do mundo. Inúmeras revisões e alterações, em resposta a demandas internacionais das mais diversas, distanciam-na da redação original de 1963 – com efeito, diversos dispositivos da Convenção encontram-se, na data da escrita deste trabalho, sob revisão, como consequência de medidas do Plano de Ação BEPS. Outros modelos também são de

---

<sup>5</sup> Esse é o método para evitar a dupla tributação internacional efetivamente previsto no art. 23.1 da Convenção Brasil-Venezuela; corresponde ao art. 23-B da Convenção Modelo da OCDE. *Cf. infra*, 1.4.

<sup>6</sup> XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 75.

<sup>7</sup> DEVEREUX, Michael P.; VELLA, John. Are we heading towards a corporate tax system fit for the 21st century? **Fiscal studies**, v. 35, n. 4, 2014, p. 2.

<sup>8</sup> UCKMAR, Victor, *et. al.* **Manual de Direito Tributário Internacional**. São Paulo: Dialética, 2012, p. 85-86.



especial relevância, como o Modelo de Convenção contra a Dupla Tributação da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1980, que também conta com diversas revisões, e o *The 2016 U. S. Model Income Tax Convention*, adotado pelos Estados Unidos.

## 1.2. Características dos tratados de Direito Tributário Internacional

Os tratados consistem na mais importante fonte do Direito Tributário Internacional. Seu conteúdo diz respeito à tributação das operações transnacionais de renda e capital entre os residentes dos países signatários, impedindo a existência de um “concurso de pretensões impositivas”, isto é, a dupla ou pluri-<sup>9</sup> tributação internacional, por meio de regras próprias, voltadas a integrar os ordenamentos internos.<sup>10</sup> São, geralmente, bilaterais, pois sua celebração depende sobretudo do interesse dos Estados em fomentar relações econômicas uns com os outros.

Via de regra, a matéria tributária é veiculada em um tratado contra a dupla tributação, que é um tratado essencialmente bilateral, mas nada impede que instrumentos multilaterais ou cuja finalidade principal seja diversa possam tratar de questões tributárias. São exemplos os tratados de natureza comercial, portuária e aduaneira. Entre aqueles firmados pelo Brasil, podemos mencionar o Tratado de Assunção, responsável pela formação do MERCOSUL, o qual, além de conter normas a respeito da integração dos Estados-Partes, política econômica e comércio internacional, estabeleceu uma tarifa externa comum, que atualmente serve como alíquota do imposto de importação.

Apesar de o objetivo primordial dos tratados de Direito Tributário Internacional ser evitar a dupla tributação internacional, é crescente a importância dos tratados para intercâmbio de informações em matéria tributária e as disposições visando à eliminação da evasão e da elisão fiscal. Essa questão se relaciona com o cerne deste trabalho, já que a prevenção da utilização “abusiva” de tratados tributários e da elisão fiscal internacional, pauta de grande relevância e atualidade para as nações, não pode se efetivar sem o intercâmbio de informações e sem a revisão de muitos pontos dos tratados vigentes.

---

<sup>9</sup> Evitando repetições desnecessárias, ao longo deste trabalho vamos nos referir a este fenômeno simplesmente como dupla tributação internacional, sempre deixando ressalvada a possibilidade de existência de múltiplas (ou pluri-) tributações internacionais.

<sup>10</sup> TÔRRES, Heleno Taveira. Aplicação dos Tratados e Convenções Internacionais em Matéria Tributária no Direito Brasileiro. In: AMARAL (coord.). **Tratados Internacionais na Ordem Jurídica Brasileira**. 2ª ed. São Paulo, Lex, p. 174.

### 1.2.1. Dupla tributação internacional

Apesar do conceito de dupla tributação internacional parecer um tanto simples e até intuitivo, a doutrina se esforça em sua precisa definição. Alberto Xavier, verdadeira referência no assunto, define a dupla tributação internacional um concurso de normas tributárias, isto é, uma situação em que dois sistemas tributários distintos são aplicáveis ao mesmo fato, o que gera uma dupla obrigação impositiva a mesma situação jurídica.<sup>11</sup>

Victor Uckmar, outro célebre tributarista, conceitua o fenômeno como “conflito positivo de tributação”.<sup>12</sup> A OCDE, na introdução à sua Convenção Modelo, em definição muito conhecida, afirma que a dupla tributação consiste na “imposição de tributos equiparáveis em dois (ou mais) Estados sobre o mesmo contribuinte, pela mesma matéria imponible e por períodos idênticos”.<sup>13</sup>

Contudo, é de se reconhecer, como pontuou Klaus Vogel, que eventuais controvérsias acadêmicas a respeito de uma ou outra definição do fenômeno são secundárias, já que o que se entende por “natureza conceitual” da dupla tributação repercute relativamente pouco no que diz respeito à própria interpretação dos tratados.<sup>14</sup> Ao fundo, este é um daqueles conceitos acerca dos quais a prática jurídica parece guardar certo consenso silente.

Mostra-se, portanto, ser mais valoroso identificar os elementos da dupla tributação internacional para verificar sua ocorrência. São cinco os critérios para verificar a ocorrência de dupla tributação internacional: a) exigência de impostos comparáveis (identidade do imposto); b) por parte de dois ou mais Estados (pluralidade de soberanias fiscais); c) a cargo do mesmo contribuinte (identidade do sujeito passivo); d) pelo mesmo pressuposto de fato (identidade do elemento material do fato gerador); e) pelo mesmo período de tributação (identidade do período).<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 23-29.

<sup>12</sup> UCKMAR, Victor, *et. al.* **Manual de Direito Tributário Internacional**. São Paulo: Dialética, 2012, p. 80.

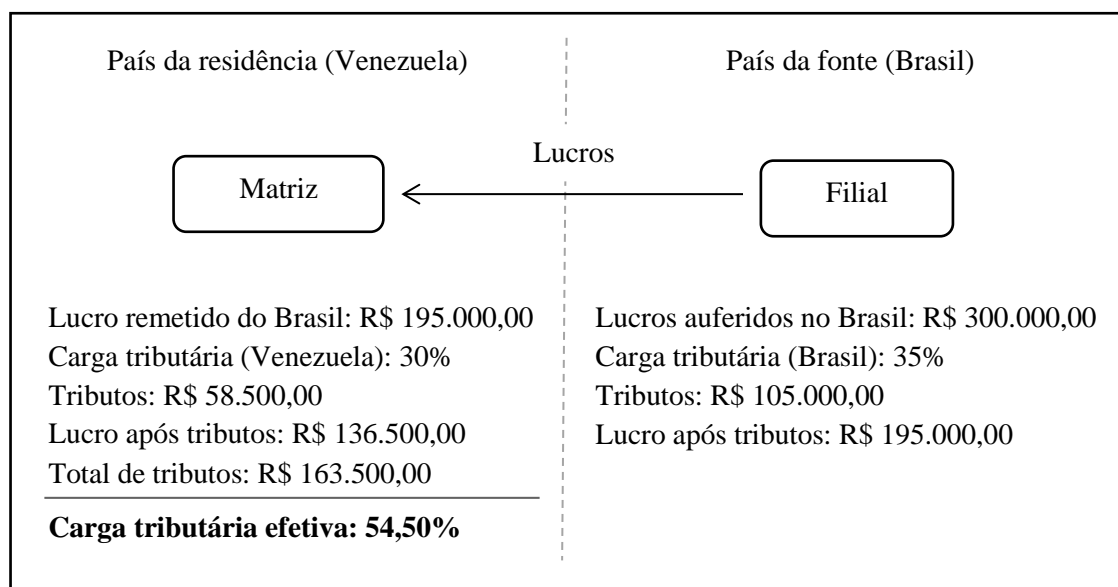
<sup>13</sup> OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital 2014**. Paris: OECD Publishing, 2014, p. 13. Tradução livre. Original: “(...) *the imposition of comparable taxes in two (or more) States on the same taxpayer in respect of the same subject matter and for identical periods*”.

<sup>14</sup> VOGEL, Klaus. Double tax treaties and their interpretation. **Int'l Tax & Bus. Law**, v. 4, 1986, p. 6-7.

<sup>15</sup> UCKMAR *et. al.*, *op. cit.*, p. 80. No mesmo sentido, BORGES, Antônio de Moura. **Convenções sobre dupla tributação internacional**. Teresina: EDUFPI, 1992, p. 64-68.

Com efeito, é o que se verifica no exemplo oferecido na introdução deste capítulo: ambos os Estados (pluralidade de soberanias fiscais) tributaram a renda (identidade do imposto) da empresa venezuelana (identidade do sujeito passivo) obtida pela venda de biscoitos no Brasil (identidade do fato gerador) em relação a determinado período de tempo (identidade do período). O seguinte esquema ilustra o problema:

**Figura 1** - Dupla tributação internacional.



Nesse exemplo, pensando em termos estritamente tributários (excluindo outros aspectos empresariais), a empresa certamente repensaria a criação de uma filial no Brasil, já que mais da metade do seu lucro seria revertido em tributo. Expandir as atividades no mercado interno da Venezuela, nesse contexto, talvez fosse uma estratégia empresarial mais adequada, se considerada a carga tributária envolvida na operação. Assim, a ilustração acima nos permite compreender com clareza por que a dupla tributação internacional é vista como nociva de maneira quase unânime entre os estudiosos do Direito Tributário Internacional, prejudicando sobremaneira a internacionalização das atividades econômicas.

Costuma-se traçar uma distinção entre a dupla tributação jurídica e a dupla tributação econômica. A diferença entre uma e outra reside no fato de que a dupla tributação jurídica requer identidade de contribuintes, o que não ocorre na dupla tributação econômica.<sup>16</sup> Voltando ao exemplo da empresa venezuelana, caso a renda

<sup>16</sup> BORGES, Antônio de Moura. **Convenções sobre dupla tributação internacional**. Teresina: EDUFPI, 1992, p. 75-77.

produzida com a venda de biscoitos fosse sujeita à imposto de renda da pessoa jurídica, e, após a tributação ter ocorrido, houvesse nova tributação dessa renda na distribuição de lucros aos seus acionistas, estaríamos diante de uma dupla tributação econômica, já que o ônus tributário recaiu sobre duas pessoas diferentes (a empresa e os acionistas).

Ressaltamos que a dupla tributação, seja jurídica ou econômica, não ocorre apenas em âmbito internacional. É perfeitamente possível existir uma dupla tributação “interterritorial” ou interna, como no caso de estados que possuem entes federativos diversos com competência tributária autônoma, como ocorre no Brasil. No entanto, em decorrência da configuração do Sistema Tributário Nacional, que circunscreve com rigidez a competência tributária de cada ente federativo e atribui aos estados e municípios competência que guarda vinculação ao seu âmbito territorial, mostra-se reduzida a possibilidade de ocorrência de dupla tributação interna em nosso país.

### 1.2.2. Dupla não tributação internacional

Fenômeno cujo estudo é de importância central para este trabalho, a dupla não tributação internacional<sup>17</sup> ocorre quando, em relação a determinados fatos que atraem a incidência de normas de direito tributário internacional (*i.e.*, elementos de conexão), obtém-se como resultado uma tributação efetiva igual a zero. Sendo a outra face do fenômeno da dupla não tributação internacional, é, tal como este, considerado indesejável: se a cada fato gerador deve corresponder apenas a um tributo, a situação de pagar tributos em dobro é tão injusta quanto a de não pagar tributo nenhum.<sup>18</sup>

Diversas são as causas da dupla não tributação internacional: a) a inexistência, em ambos os Estados, qualquer norma tributária que abarque a situação fática (*vácuo de normas*); b) a vontade das partes acordantes em não tributar de determinado rendimento; c) a atribuição da competência exclusiva de um Estado para tributar certo rendimento, em detrimento do outro Estado acordante. Nesse último caso, pode ocorrer dupla não tributação por razões de lei interna (a lei interna do Estado que tem a competência exclusiva não tributa aquele rendimento) ou por conflitos de interpretação ou qualificação (os Estados, interpretando de maneira divergente os dispositivos do acordo, atribuem competência tributária uns aos outros, de forma que nenhum dos dois a exerce

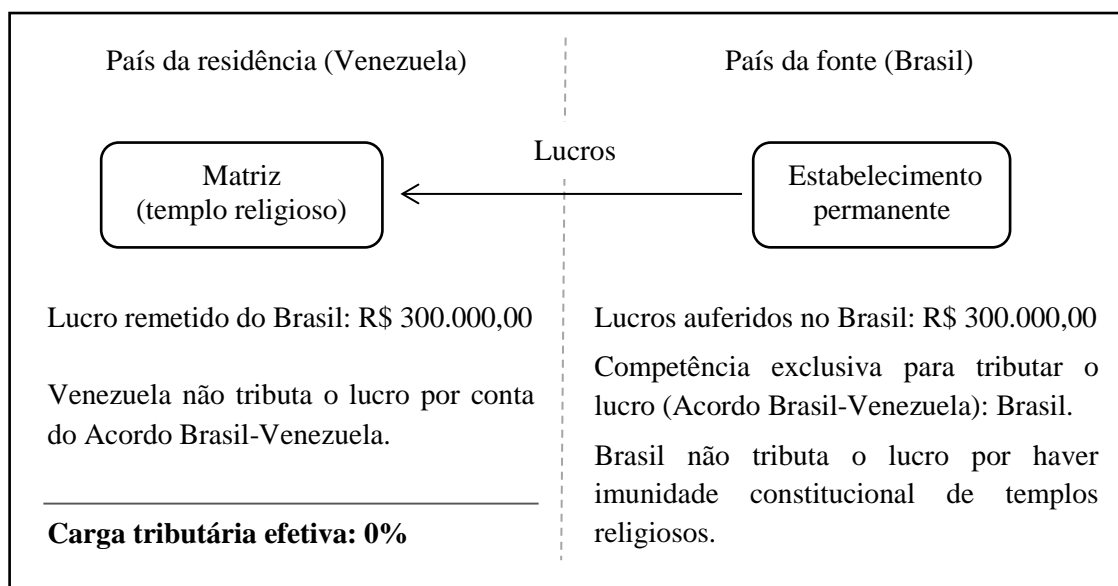
---

<sup>17</sup> A nomenclatura, embora já consagrada há décadas na literatura, não corresponde exatamente à essência do fenômeno: o que ocorre, afinal, é a “não tributação”, isto é, tributação nenhuma.

<sup>18</sup> PARADA, Leopoldo. **Das Phänomen der doppelten Nichtbesteuerung: Eine Analyse im Lichte des Missbrauchs „hybrider“ Rechtsformen**. Jahrbuch-Max-Planck-Gesellschaft, v. 2016, 2016.

efetivamente).<sup>19</sup> A seguinte figura ilustra um caso (hipotético) de dupla não tributação internacional por razões de lei interna:

**Figura 2** - Dupla não tributação internacional.



Grande esforço tem sido direcionado no sentido de combater a dupla não tributação internacional, especialmente em face das mais variadas estratégias utilizadas pelas empresas para reduzir a carga tributária incidente em seus negócios. O assunto será melhor abordado nos capítulos 2 e 3 deste trabalho.

### 1.2.3. Elementos de conexão

A noção de soberania fiscal é de tal maneira importante para o Direito Tributário Internacional que podemos afirmar, sem exagero, que o próprio Direito Tributário Internacional gira em torno da soberania fiscal.<sup>20</sup> A partir dessa noção, que reconhece uma conexão íntima entre a tributação e a soberania estatal, sendo uma expressão direta da outra, é possível compreender, a um só tempo, por que os Estados não desejam abrir mão do poder de tributar e por que se encontram limitados, no exercício desse poder, ao seu território. Traçar essa correlação é fundamental para a compreensão de muitos problemas relacionados à dupla tributação – e também a dupla não-tributação – internacional.

<sup>19</sup> XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 34-35; MOLINA, Francisco Javier. DTCs and Double Non-Taxation. In: BLUM, Daniel; SEILER, Markus (ed.). **Preventing Treaty Abuse: Schriftenreihe IStR Band 101**. Viena: Linde Verlag, 2016, p. 77-78.

<sup>20</sup> BORGES, Antônio de Moura. **Convenções sobre dupla tributação internacional**. Teresina: EDUFPI, 1992, p. 39.

Para que os Estados possam exercer o poder de tributar – seja, de maneira geral, em âmbito interno, seja em situações internacionais –, é necessário lançar mão de “elementos de conexão”, que permitam a ligação entre os fatos e as normas jurídicas aplicáveis. É como se esses elementos “capturassem” a situação fática, atraindo-a para determinado ordenamento jurídico e permitindo a incidência das normas tributárias a ela relacionadas. Sem a presença de elementos de conexão juridicamente válidos, os Estados não podem exercer sua competência tributária em relação a fatos ocorridos fora de seu território.<sup>21</sup>

São classificáveis, no que diz respeito à destinação da norma, em objetivos ou subjetivos: a) objetivos, quando se referem às circunstâncias nas quais ocorrem os fatos; b) subjetivos, quando se referem às pessoas.<sup>22</sup> Exemplo de elemento de conexão objetivo é o art. 5º da Convenção Modelo da OCDE, que define o “estabelecimento permanente” de uma empresa para efeitos de aplicação de uma convenção contra a dupla tributação. Um elemento de conexão subjetivo, por sua vez, pode ser encontrado no art. 4º da mesma Convenção Modelo, que estabelece um conceito de residência para fins de incidência do tratado.<sup>23</sup>

Importa notar que a dupla tributação internacional ocorre, essencialmente, em decorrência da existência de elementos de conexão diversos nos ordenamentos jurídicos.<sup>24</sup> Assim, voltando ao exemplo que temos utilizado nesse capítulo, se a renda advinda da venda de biscoitos no Brasil é tributada duas vezes, uma no Brasil e outra na Venezuela, isso ocorre por que ambos os Estados utilizam, simultaneamente, elementos de conexão que atraem os fatos geradores mencionados (obtenção de renda) para a incidência de normas tributárias.

Não apenas a dupla tributação internacional ocorre pela conjunção de diversos elementos de conexão, mas também a dupla não tributação internacional. Assim, é indispensável o estudo dos elementos de conexão para uma correta compreensão das situações de Direito Tributário Internacional, sobretudo diante do fato de que a solução

---

<sup>21</sup> GONZAGA, Livia Leite Baron. **A interpretação das convenções contra dupla tributação internacional à luz da teoria da argumentação jurídica**. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 237-238; XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 213-214.

<sup>22</sup> GONZAGA, *op. cit.*, p. 243-244.

<sup>23</sup> Não acreditamos ser relevante, no presente trabalho, apresentar outras classificações dos elementos de conexão. Para um estudo mais aprofundado, conferir GONZAGA, *op. cit.*, p. 234-236 e XAVIER, *op. cit.*, p. 241-270.

<sup>24</sup> XAVIER, *op. cit.*, p. 215.

dessas duas situações indesejáveis somente pode ser encontrada por meio da precisa concatenação dos elementos de conexão relevantes.

### 1.2.3.1. Fonte vs. residência

Os princípios da fonte e da residência, que se referem à conexão entre o poder de tributar e as pessoas tributadas, são o cerne de intermináveis divergências no que diz respeito à tributação internacional da renda. Enquanto o princípio da fonte se relaciona ao local onde determinado rendimento é obtido, o princípio da residência se relaciona a um pertencimento de determinada pessoa (física ou jurídica) a um país.<sup>25</sup> Em um contexto internacional, esses princípios são úteis para contrastar o país onde se situa determinada empresa que aufera renda (país da fonte) do país do investidor que aufera renda advinda do exterior (país da residência).<sup>26</sup>

De maneira mais precisa, o princípio da residência se expressa na tributação de toda renda das pessoas, físicas ou jurídicas, residentes em determinado Estado, independentemente de sua nacionalidade, da origem de suas rendas e da localização dos seus bens.<sup>27</sup> Em contraste, segundo o princípio da fonte, o Estado tributa todas as rendas cuja fonte se encontra em seu território, independentemente da nacionalidade ou residência das pessoas que auferem tal renda.<sup>28</sup>

A discussão sobre qual princípio deveria prevalecer parte do pressuposto de que os países que tributam com base na fonte seriam menos industrializados e importadores de capital, enquanto os países que tributam com base na residência seriam mais industrializados e exportadores de capital.<sup>29</sup> De toda sorte, a escolha da aplicação de um ou outro elemento de conexão pelos Estados, como exercício de sua soberania, acaba por acentuar as divergências entre os sistemas tributários, o que aumenta a ocorrência de dupla tributação internacional.<sup>30</sup> Como bem pontua Gerd Rose, “se todos os Estados sempre seguissem o princípio da fonte, não seria possível ocorrer dupla tributação”.<sup>31</sup>

<sup>25</sup> VANN, Richard J. International aspects of income tax. In: THURONYI, Victor (ed.) **Tax Law Design and Drafting – Volume 2**. International Monetary Fund, 1998, p. 3.

<sup>26</sup> XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 216.

<sup>27</sup> BORGES, Antônio de Moura. **Convenções sobre dupla tributação internacional**. Teresina: EDUFPI, 1992, p. 50.

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> XAVIER, *op. cit.*, p. 216.; TAVOLARO, Agostinho Toffoli. Direito internacional tributário. In: MARTINS *et. al.* (org.). **Tratado de direito tributário**. São Paulo, Editora Saraiva, 2011, p. 884.

<sup>30</sup> ROSE, Gerd. **Grundzüge des Außensteuerrechts**. Wiesbaden: Springer, 1982, p. 24-25.

<sup>31</sup> *Ibid.* Tradução livre. Original: “Würden alle Staaten jeweils dem Ursprungsprinzip folgen, könnte ebenfalls keine Doppelbesteuerung entstehen”.

Há boas razões para a aplicação de ambos os princípios. Entre as defesas do princípio da residência, destacam-se: a) a isonomia entre os contribuintes, pois os contribuintes que auferem renda de investimentos do exterior devem pagar impostos da mesma forma que os contribuintes que auferem renda em território nacional; b) neutralização da concorrência nociva dos paraísos fiscais; c) evitar a “evasão” fiscal, caso o país da fonte ofereça isenções ou outros estímulos fiscais.<sup>32</sup> Desvantagens que podem ser mencionadas são a sua complexa administração que demanda colaboração e troca de informações entre as administrações tributárias e a necessidade de uso de tratados ou medidas unilaterais para evitar o surgimento da dupla tributação.<sup>33</sup> Já o princípio da fonte é defendido pelas seguintes razões: a) a forte vinculação à soberania estatal, pela forte conexão entre o Estado e o fato gerador; b) estímulo à competição internacional; c) facilidade do ponto de vista da administração tributária; d) grande diminuição da necessidade de tratados contra a dupla tributação.<sup>34</sup>

Em verdade, raramente um Estado adota exclusivamente um dos princípios; geralmente ambos são levados em conta e, de acordo com os interesses de cada Estado, predomina um ou outro.<sup>35</sup> O Brasil, de longa data, adota o princípio da residência na tributação das pessoas físicas, tendo-o estendido também às pessoas jurídicas a partir da Lei nº 9.429/95.<sup>36</sup> Assim, para nossa legislação, pouco importa o local da fonte – por exemplo, se a renda advém de atividades exercidas no exterior –, visto que o elemento de conexão a ser considerado é a residência, expressa pelo conceito legal de domicílio do contribuinte.

### 1.2.3.2. Universalidade vs. territorialidade

Se os princípios da residência e fonte estão relacionados à ligação entre o poder de tributar do Estado e os fatos tributáveis, os princípios da universalidade e territorialidade direcionam-se à extensão desse poder, definindo a amplitude de incidência das normas tributárias.<sup>37</sup> Como se verá em seguida, existe uma íntima associação entre esses dois binômios, de modo que, nas legislações tributárias, costuma-

<sup>32</sup> XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 217-218; TAVOLARO, Agostinho Toffoli. Direito internacional tributário. In: MARTINS *et. al.* (org.). **Tratado de direito tributário**. São Paulo, Editora Saraiva, 2011, p. 888.

<sup>33</sup> TAVOLARO, *op. cit.*, p. 888.

<sup>34</sup> XAVIER, *op. cit.*, p. 216-217; TAVOLARO, *op. cit.*, p. 887-888.

<sup>35</sup> BORGES, Antônio de Moura. **Convenções sobre dupla tributação internacional**. Teresina: EDUFPI, 1992, p. 50.

<sup>36</sup> TAVOLARO, *op. cit.*, p. 889; XAVIER, *op. cit.*, p. 429.

<sup>37</sup> XAVIER, *op. cit.*, p. 219.



se adotar – por razões históricas, políticas e econômicas – uma das possíveis combinações entre os elementos de conexão.

Sendo a tributação forte expressão da soberania estatal, é compreensível que o princípio da territorialidade tenha sido o primeiro, do ponto de vista histórico, a surgir, partindo da ideia de que o Estado exerce o seu poder de tributar ao largo de sua extensão territorial.<sup>38</sup> Assim, pelo princípio da territorialidade, o Estado tributa apenas os fatos ocorridos em seu território, independentemente de outros elementos de conexão relevantes, como a nacionalidade ou domicílio do contribuinte.<sup>39</sup> Como geralmente se faz uso do elemento fonte para aferir a origem dos rendimentos, esse princípio costuma estar associado, em seu uso prático, ao princípio da fonte.

Em contraste, segundo o princípio da universalidade a tributação será imposta com base no elemento de conexão da residência, independentemente do local da fonte.<sup>40</sup> Toda a renda será tributada no domicílio do contribuinte, sendo irrelevante, por exemplo, o fato da fonte de produção estar localizada em outro país. Conecta-se, portanto, ao princípio da residência, que, como já vimos, costuma se expressar através do elemento do domicílio do contribuinte.

Embora seja costume estabelecer uma correspondência entre os princípios da fonte e da territorialidade, de um lado, e os princípios da residência e da universalidade, de outro lado, tal constatação não pode ser formulada como uma regra. Em muitos países, por exemplo, os residentes somente são tributados em razão da renda interna, o que é uma formulação restrita do princípio da territorialidade, somada a uma conjugação dos princípios da fonte e da residência.<sup>41</sup>

A atual prevalência do princípio da universalidade decorre, entre outros fatores, do aumento de arrecadação com os impostos, ante o alargamento do âmbito de incidência das normas tributárias, inclusive com a possibilidade de tributar a renda localizada em paraísos fiscais ou países com tributação favorecida. Decorre, também, da manutenção da isonomia e da capacidade contributiva, na medida em que garante aos residentes tributados por sua renda obtida exclusivamente em âmbito interno tratamento igualitário

---

<sup>38</sup> TAVOLARO, Agostinho Toffoli. Direito internacional tributário. In: MARTINS *et. al.* (org.). **Tratado de direito tributário**. São Paulo, Editora Saraiva, 2011, p. 881.

<sup>39</sup> XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, p. 17; ROSE, Gerd. **Grundzüge des Außensteuerrechts**. Wiesbaden: Springer, 1982, p. 23.

<sup>40</sup> XAVIER, *op. cit.*, p. 430.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 220.

em relação aos residentes que possuem muitos investimentos no exterior, os quais, a depender das políticas econômicas dos Estados, podem não ter seus rendimentos tributados.<sup>42</sup>

O Brasil, que até o advento da Lei nº 9.249/95 adotava o princípio da territorialidade em relação às pessoas jurídicas, atualmente adota o princípio da universalidade, consagrado pelas alterações introduzidas por essa lei e mantido pela legislação superveniente, em especial a Lei nº 12.973/14.

#### 1.2.4. A Convenção Modelo da OCDE

Já vimos que a Convenção Modelo da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (*Model Convention with respect to Taxes on Income and on Capital*) é o modelo de tratado contra a dupla tributação de maior difusão ao redor do mundo, sendo considerado uma referência no campo da dupla tributação internacional.<sup>43</sup>

Em termos gerais, o modelo é estruturado da seguinte forma: descrição do escopo do tratado (Capítulo I); definições de termos utilizados no tratado (Capítulo II); definição dos tributos abrangidos, da forma com que os Estados acordantes irão tributar e das formas de eliminação da dupla tributação (Capítulos III a V); disposições especiais (Capítulo VI); e disposições finais, *i.e.*, entrada em vigor e denúncia do tratado (Capítulo VII).<sup>44</sup>

Interessante classificação, para fins didáticos, é aquela proposta por Philip Baker e apresentada por João Francisco Bianco, que identifica seis grupos de normas na Convenção Modelo da OCDE: i) as que delimitam o escopo do tratado; ii) as que estabelecem definições; iii) as normas substantivas; iv) as que visam a eliminar a dupla tributação; v) as normas antielisivas; vi) disposições gerais. Essa classificação é útil porque nos permite associar as normas de acordo com sua afinidade, visualizando o conjunto geral formado pelo tratado.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> GONZAGA, Livia Leite Baron. **A interpretação das convenções contra dupla tributação internacional à luz da teoria da argumentação jurídica**. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 202-203.

<sup>43</sup> OCDE, **Model Tax Convention on Income and on Capital 2014**. Paris: OECD Publishing, 2014, p. 16.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>45</sup> BIANCO, João Francisco. **Transparência fiscal internacional**. São Paulo: Dialética, 2007, p. 142-15.

i) *Normas que delimitam o escopo do tratado*. Essas normas têm a função de delimitar o âmbito (pessoal, material e temporal) de aplicação do tratado sobre dupla tributação. Nessa categoria, encontram-se: o art. 1º da Convenção Modelo da OCDE, que define as pessoas submetidas à convenção (residentes de um ou de ambos os estados acordantes); o art. 2º, que define os tributos abarcados (impostos sobre renda e capital); os arts. 29 e 30, que tratam da entrada em vigor e da denúncia do tratado.

ii) *Normas que estabelecem definições*. São as normas que precisam ou elucidam termos ou expressões utilizados nos tratados. O art. 3º é um ótimo exemplo, pois todas as suas alíneas tratam de definições, determinando o que se deve compreender, para fins de aplicação do tratado, por “pessoa”, “sociedade”, “empresa”, “nacional”, etc. São nesse mesmo sentido os arts. 3º e 4º, que definem os conceitos de “residência” e “estabelecimento permanente”.

iii) *Normas substantivas*. Tratam, como revela a própria denominação, da “substância” do tratado, definindo quais rendimentos serão abarcados e como a competência tributária será alocada a cada Estado acordante. De especial relevância são os arts. 10, 11 e 12, que se referem, respectivamente, à tributação dos dividendos, juros e *royalties*. No que diz respeito à alocação da competência tributária, cabe distinguir entre as normas que atribuem competência concorrente (permitindo que ambos os Estados acordantes possam tributar determinada renda) ou exclusiva (atribuindo a competência tributária a apenas um dos Estados acordantes).

A Convenção Modelo da OCDE contém exemplos de ambas as espécies de competência tributária. O art. 12.1 dispõe, em clara norma de competência exclusiva, que os “*royalties* provenientes de um Estado Contratante, cujo beneficiário efetivo seja residente do outro Estado Contratante, são tributados somente nesse [último] Estado”.<sup>46</sup> Por outro lado, o art. 11.1 estabelece, em contraste, que os “juros provenientes de um Estado Contratante e pagos a um residente do outro Estado Contratante são tributados nesse [último] Estado”.<sup>47</sup>

iv) *Normas contra a dupla tributação*. Apesar da nomenclatura, a existência de normas específicas contra a dupla tributação não é pressuposto lógico de um tratado

---

<sup>46</sup> Tradução livre. Original: “*Royalties arising in a Contracting State and beneficially owned by a resident of the other Contracting State shall be taxable only in that other State*”.

<sup>47</sup> Tradução livre. Original: “*Interest arising in a Contracting State and paid to a resident of the other Contracting State may be taxed in that other State*”.

contra a dupla tributação. É que, a princípio, não existiria dupla tributação internacional se os tratados contivessem apenas normas de competência tributária exclusiva. Ocorre que nem sempre os Estados desejam abrir mão do seu poder de tributar: por essa razão, os tratados contêm normas que atribuem competência concorrente, permitindo que dois Estados podem exercer a competência tributária em relação ao mesmo rendimento.

Assim, essas normas visam a eliminar a dupla tributação nas situações em que se estabelece competência tributária concorrente, o que é feito por meio de um dos métodos previstos nos arts. 23-A e 23-B da Convenção Modelo: o método da isenção (*exemption method*), em que o país da residência oferece uma isenção em relação ao rendimento obtido no país da fonte, ou método do crédito (*credit method*), em que o país da residência oferece um “crédito” relativo ao valor do tributo pago no país da fonte, frequentemente deduzindo-o da base de cálculo do imposto.

v) *Normas antielisão*. São normas direcionadas a coibir a elisão fiscal internacional. Esse grupo de normas não estava presente nas primeiras redações da Convenção Modelo; foi com a aceleração do ritmo da globalização e a crescente utilização de tratados em planejamentos tributários envolvendo *treaty shopping* que essas normas tomaram relevância.

A Convenção Modelo da OCDE, até a versão de 2014, não possuía normas antielisivas gerais ou específicas. O combate à elisão fiscal se dava sobretudo pela introdução do conceito de “beneficiário efetivo” nos arts. 10, 11 e 12 e por diversos Comentários à Convenção Modelo, especialmente aos arts. 1º, 10, 11 e 12. Trataremos do assunto de forma mais aprofundada nos tópicos 2.3 e 3.3, *infra*.

vi) *Disposições gerais*. Dispõem acerca de questões gerais envolvendo o tratado, como o art. 25, que estabelece um procedimento amigável para solução de dificuldades ou dúvidas relativas à interpretação ou aplicação do acordo. Também são exemplos os arts. 28 e 29, que contêm, respectivamente, normas a respeito de membros de missões diplomáticas e normas que definem a extensão territorial dos Estados para efeitos do tratado.

### **1.3. Os tratados no ordenamento jurídico brasileiro**

Tratado é o acordo realizado por pessoas jurídicas de direito internacional público, independentemente da denominação que as partes eventualmente estipularem (*e.g.*: acordo,

convenção, contrato, declaração, etc.), como há tempo reconhece a doutrina<sup>48</sup>, no mesmo sentido do art. 2º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, ratificada pelo Brasil em 2009. Em Direito Tributário Internacional, é comum a utilização dos nomes “acordo” e “convenção”, em detrimento de “tratado”, o que, evidentemente, não lhes retira este *status* jurídico.<sup>49</sup>

O Brasil não adota o modelo da recepção automática dos tratados na ordem interna. A única exceção são os tratados de direitos humanos (art. 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal), que se incorporam à ordem interna com *status* constitucional. Os demais tratados, entretanto, seguem um percurso particular, muitas vezes criticado por sua complexidade.<sup>50</sup> Este percurso começa com a negociação e assinatura pelo Poder Executivo, pelo Presidente da República ou seu representante (art. 84, VIII, da Constituição Federal).

Em seguida, o Congresso Nacional emite, por meio de um Decreto Legislativo (que possui *status* de lei ordinária e não é passível de sanção pelo Executivo), um referendo que autoriza o Presidente da República a ratificar o tratado. Assim que o Chefe do Executivo ratifica o tratado, o que se perfaz pela troca ou depósito dos instrumentos constitutivos, o Estado se compromete, no âmbito internacional, a cumprir as suas disposições. Por essa razão, o ato de ratificação é irretratável, sendo cabível apenas a denúncia do tratado, se o Estado desejar se afastar das obrigações assumidas.<sup>51</sup>

Finalmente – seguindo costume que remonta ao início do século XIX –, o tratado é promulgado por meio de Decreto Presidencial, ato administrativo que se propõe a dar publicidade e executoriedade ao tratado, anexo ao decreto, cujo texto corresponde ao aprovado pelo Congresso Nacional no Decreto Legislativo. É a partir desse momento que

---

<sup>48</sup> Como já reconhecia, à sua época, Accioly, *e.g.*: 2009, p. 642-643.

<sup>49</sup> Neste trabalho, vamos nos referir a uma ou outra nomenclatura de modo indistinto. Mostra-se impraticável a adoção exclusiva da denominação de “tratado”, já que os estados e as organizações internacionais utilizam com frequência “acordo” e “convenção” de maneira indistinta.

<sup>50</sup> Heleno Tórres apresenta uma crítica interessante à necessidade de emissão do Decreto Presidencial para que o tratado entre em vigor: “A prevalecer esse critério, o tratado, após sua ratificação, vigoraria apenas no plano internacional, sem gerar efeitos no plano interno, o que coloca o Brasil na privilegiada posição de poder exigir a observância do pactuado pelas outras partes contratantes, sem ficar sujeito à obrigação recíproca (...)”. TÔRRES, Heleno Taveira. Aplicação dos Tratados e Convenções Internacionais em Matéria Tributária no Direito Brasileiro. In: AMARAL (coord.). **Tratados Internacionais na Ordem Jurídica Brasileira**. 2ª ed. São Paulo, Lex 2014, p. 180.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 179.

o tratado começa a operar seus efeitos no direito interno e externo. Resta, então, a publicação oficial do texto do decreto.

Questão mais controversa é a definição da posição hierárquica dos tratados de direito tributário no ordenamento jurídico brasileiro. A divergência é fomentada pela regra específica contida no art. 98 do Código Tributário Nacional, segundo a qual “[o]s tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

Discute-se, desde a publicação do CTN, se a norma mencionada estabelece (ou não) a prevalência da aplicação dos tratados em matéria tributária sobre a legislação infraconstitucional. A primeira corrente argumenta inexistir qualquer hierarquia entre os tratados – excetuados, é claro, os tratados de direitos humanos – e a legislação ordinária. Eventuais conflitos entre as normas do tratado e o direito interno devem ser resolvidos por meio do princípio da especialidade (*lex posterior derogat priori*), ou seja, afastando-se a eficácia da norma na situação concreta.<sup>52</sup> A norma, entretanto, continua vigente, pois, caso denunciado o tratado, voltará a ser normalmente aplicada.

Outra corrente defende a prevalência dos tratados sobre a lei interna, estes se submetendo, hierarquicamente, apenas à Constituição Federal. Tal posição busca amparo na interpretação de alguns dispositivos constitucionais, como, por exemplo: a) os arts. 84, VIII e 49, I, que determinam que a celebração dos tratados é de competência conjunta do Chefe do Executivo e do Congresso Nacional, sendo impossível a revogação por ato exclusivo do poder legislativo;<sup>53</sup> b) os que determinam que os tribunais devem aplicar os tratados de maneira própria, e não como lei interna (arts. 102, III, 105, III e 109, III);<sup>54</sup> c) o art. 5º, § 3º, cuja dicção estabelece caráter supralegal e infraconstitucional aos tratados de direitos humanos que não cumprirem os requisitos nele elencados.<sup>55</sup>

Entretanto, a despeito das boas razões ofertadas pela última corrente, esta não é a posição atualmente acatada pelos tribunais superiores. A esse respeito, destaca-se o julgamento da ADI 1.480, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que tratava de

---

<sup>52</sup> AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. **Comentários ao Código Tributário Nacional, volume 2**. Coordenador: MARTINS, Ives Gandra da Silva. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 64.

<sup>53</sup> XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 124.

<sup>54</sup> TORRES, Heleno Taveira. Aplicação dos Tratados e Convenções Internacionais em Matéria Tributária no Direito Brasileiro. In: AMARAL (coord.). **Tratados Internacionais na Ordem Jurídica Brasileira**. 2ª ed. São Paulo, Lex, 2014, p. 185-186; XAVIER Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 124.

<sup>55</sup> XAVIER, *op. cit.*, p. 124.

disposições do Decreto Legislativo nº 69/92, que aprovou a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, e o Decreto nº 1.855/96, que a promulgou. Naquela ocasião, seguindo a jurisprudência iniciada em 1978 com o julgamento do RE nº 80.004<sup>56</sup>, o STF estabeleceu que os tratados ou convenções internacionais, assim que incorporados ao ordenamento jurídico, “situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias”.<sup>57</sup>

Em verdade, a Constituição de 1988 – ao contrário de outras cartas constitucionais anteriores – é de um silêncio ensurdecador em matéria de tratados,<sup>58</sup> e a filiação a uma outra corrente teórica resulta, em última instância, de interpretações do texto constitucional. Por essa razão, não acreditamos que a polarização entre os defensores do “monismo” e do “dualismo” esteja absolutamente superada, já que a matéria é uma construção jurisprudencial. Ademais, o próprio STF já apontou para uma mudança do entendimento atual, como ocorreu no voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE nº 466.343<sup>59</sup>, o qual acatou a tese da preponderância dos tratados sobre o direito interno.

Neste momento, entretanto, cabe a nós destacar que a atual posição majoritária na jurisprudência entende que os tratados, a partir do momento em que são incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, têm o mesmo *status* hierárquico das leis ordinárias. Em caso de conflito entre as normas contidas no tratado e as normas da legislação ordinária, o princípio da especialidade, segundo o qual deverá prevalecer a norma especial (do

---

<sup>56</sup> Como dispõe a ementa do julgado, “(...) embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do país.”. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 80.004**. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Brasília, 01 de junho de 1977. Disponível em: <http://tinyurl.com/hynd24f>. Acessado em 05/11/2017.

<sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 04 de setembro de 1997. Disponível em: <http://tinyurl.com/d9po6jb>. Acessado em 05/11/2017.

<sup>58</sup> FILHO, Cosmo Ferreira. **O processo de internalização de tratados no Brasil: o silêncio constitucional e suas consequências**. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 56.

<sup>59</sup> O Ministro, após realizar uma análise da jurisprudência do STF a respeito do tema e das disposições constitucionais relevantes, afirma que “[t]udo indica, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal [acerca do caráter de lei ordinária dos tratados], sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente”. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.343**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Inteiro teor, p. 1152. Disponível em: <http://tinyurl.com/ax2k326>. Acessado em 05/11/2017.

tratado), afastando-se a aplicação da norma interna, que perde, durante a vigência do tratado, sua eficácia.

#### **1.4. Os tratados contra a dupla tributação celebrados pelo Brasil**

Por conta de escolhas políticas de acentuado nacionalismo e protecionismo, o Brasil não acompanhou, desde o início, a tendência internacional de celebração de tratados internacionais contra a dupla tributação como forma de incentivar fluxos econômicos. Foi de maneira relativamente tardia, no início da década de 1970, com a progressiva abertura para o comércio internacional e para o investimento estrangeiro, que as primeiras convenções foram celebradas pelo nosso país.

Atualmente, a rede de tratados contra a dupla tributação celebrados pelo Brasil segue de perto a Convenção Modelo da OCDE e conta com 33 tratados vigentes. A nomenclatura adotada usualmente pelas autoridades brasileiras é a de “convenção”, com exceção dos tratados firmados com a Alemanha (hoje sem vigência), China, Finlândia e Turquia, denominados de “acordo”.



## Capítulo 2

### O uso abusivo de tratados contra a dupla tributação

#### 2.1. Do *treaty shopping* ao uso abusivo de tratados (*treaty abuse*)

Os conceitos empregados no Direito Tributário Internacional muitas vezes são uma armadilha para os estudiosos mais desavisados: por parecerem, em geral, simplórios e até intuitivos, acabam por ocultar as numerosas divergências acerca da sua correta interpretação e alcance. Aliás, via de regra, a definição de um conceito não é pacífica, seja entre os estudiosos, seja entre as instituições internacionais, seja na sua aplicação prática pelos Estados.

Não é diferente a situação quando se trata da definição de *treaty shopping* e de uso abusivo de tratados (*treaty abuse*), fenômenos que despertam a atenção dos Estados há pelo menos quarenta anos. De forte apelo político, as expressões são usadas nos mais variados contextos e situações. Como reconhecem com acerto Avi-Yonah e Panayi, ao estudar o fenômeno do *treaty shopping*, fica a impressão de que quanto mais os países tentam lidar com a questão, mais acentuadas são as divergências a respeito de quais seriam os limites do *treaty shopping* e do planejamento tributário legítimo.<sup>60</sup>

##### 2.1.1. *Treaty shopping*

A expressão *treaty shopping* surgiu nos Estados Unidos na década de 1970, quando o país verificou uma proliferação de estratégias de planejamento tributário internacional envolvendo a utilização de tratados contra dupla tributação e empresas interpostas em paraísos fiscais.<sup>61</sup> Foi inspirada na expressão *forum shopping*, termo processual estadunidense utilizado para descrever a situação em que um litigante tenta “comprar” (*shop*) uma jurisdição mais favorável ao julgamento do seu caso.<sup>62</sup>

Na época, a expressão era usada para descrever uma prática, realizada por parte de certos investidores, de “pegar emprestado” um tratado por meio de um esquema que

---

<sup>60</sup> AVI-YONAH, Reuven; PANAYI, Christiana HJI. **Rethinking Treaty-Shopping: Lessons for the European Union**. 2010, p. 21.

<sup>61</sup> REINHOLD, Richard L. What is tax treaty abuse? (Is treaty shopping an outdated concept?). **The Tax Lawyer**, vol. 53, nº 3, 2000, p. 664,

<sup>62</sup> AVI-YONAH; PANAYI, *op. cit.*, p. 21; VIEIRA, Luciane Klein. El treaty shopping y las medidas anti-elusión en el derecho brasileño. **Revista Jurídica Tributária**, ano 3, nº 10. Sapucaia do Sul: Notadez, 2010, p. 207; SCHOUERI, Luís Eduardo. **Planejamento fiscal através de acordo de bitributação: treaty shopping**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 20.

envolvia a interposição de uma entidade, usualmente uma empresa, em um terceiro país que tivesse um tratado favorável com o país da fonte.<sup>63</sup> Como a interposição dessa empresa permite a utilização das disposições de um tratado que de outra forma não estaria disponível, pode-se dizer, por analogia, que ela estaria “comprando” (*shopping*) os benefícios do tratado (*treaty*) contra dupla tributação.

Entretanto, o quadro se torna mais complexo na medida em que a expressão começa a designar outras situações fáticas e passam a ocorrer, em paralelo, discussões a respeito da legalidade (ou não) de tal forma de planejamento tributário internacional. Assim que a existência de situações de uso “impróprio” dos tratados começou a ser constatada, os Estados e organizações internacionais se preocuparam mais no combate ao problema do que em sua delimitação. Exemplo é a OCDE, que, apesar de não oferecer uma definição do conceito na sua Convenção Modelo ou nos Comentários à Convenção, sempre uniu esforços no combate ao *treaty shopping*.<sup>64</sup>

Como definir, então, os precisos contornos do *treaty shopping*? Podemos partir da constatação inicial de que, por diversas razões, os tratados contra dupla tributação podem ser utilizados por terceiros, a princípio não destinatários das normas convencionais, e que, ao utilizá-las, permitem a incidência de um regime jurídico antes indisponível. A OCDE, em seu glossário de termos tributários, oferece conceito semelhante, ao definir o fenômeno como “uma análise das disposições de tratados tributários com o objetivo de estruturar uma transação ou operação internacional de modo a tomar vantagem de um tratado tributário em particular”.<sup>65</sup>

No entanto, essa constatação inicial, abrange um amplo espectro de possíveis estruturas de planejamento tributário, com distintos graus de complexidade, substância econômica e uso das normas jurídicas, além de não levar em conta as motivações do contribuinte. Afinal, o aspecto tributário é apenas um fator, entre muitos outros, a ser levado em conta na estruturação dos negócios por parte das empresas.

Buscando destacar o papel da motivação do contribuinte, Luís Eduardo Schoueri, em obra pioneira sobre o tema, afirma que não é possível falar de *treaty shopping* quando

---

<sup>63</sup> ROSENBLOOM, David. Derivative benefits: emerging US treaty policy. **22 Intertax** 83. 1994, p. 83.

<sup>64</sup> AVI-YONAH, Reuven; PANAYI, Christiana HJI. **Rethinking Treaty-Shopping: Lessons for the European Union**. 2010, p. 21.

<sup>65</sup> OCDE, **Glossary of Tax Terms**. Disponível em: <http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm>. Acessado em 09/10/2017. Tradução livre. Original: “An analysis of tax treaty provisions to structure an international transaction or operation so as to take advantage of a particular tax treaty”.

o contribuinte não possui razões fiscais, ou seja, vantagens advindas da interposição do terceiro e a aplicação de um tratado antes indisponível.<sup>66</sup> O autor, desse modo, conceitua o *treaty shopping* como uma deliberada estruturação de negócios, realizada por um contribuinte que objetiva se beneficiar de um tratado contra dupla tributação, por meio da interposição, entre si e a fonte do rendimento, de pessoa ou estabelecimento permanente que façam jus aos benefícios previstos no acordo.<sup>67</sup> Tal definição, com variações pontuais, parece ser a melhor acolhida na doutrina nacional.<sup>68</sup>

No entanto, no âmbito internacional não existe uma coerência tão grande na utilização do termo. Algumas definições são mais abrangentes e partem do sentido original da expressão, conceituando o fenômeno como “um esforço premeditado de tomar vantagem da rede internacional de tratados tributários e a seleção do tratado mais favorável para uma proposta específica”.<sup>69</sup> Outras definições são mais específicas, destacando ser necessário ocorrer planejamento tributário internacional (ou seja, efetiva estruturação negocial, com interposição de pessoas físicas ou jurídicas) para obtenção de benefícios fiscais, antes indisponíveis, de tratados tributários.<sup>70</sup>

Há ainda quem diferencie entre *treaty shopping* e *rule shopping*, argumentando que, enquanto o primeiro corresponde a uma “busca pelo melhor tratado”, o segundo corresponde a uma “busca pela melhor regra”. No *rule shopping*, o contribuinte é efetivamente residente dos países signatários do tratado utilizado, mas tenta tomar

---

<sup>66</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. **Planejamento fiscal através de acordo de bitributação: treaty shopping**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 22;

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>68</sup> ROCHA, Sérgio André. Treaty shopping e a cláusula de beneficiário efetivo nas convenções sobre a tributação da renda e do capital celebradas pelo Brasil. In: FILHO, Clóvis Panzarini *et al.* (coord.). **Estudos avançados de Direito Tributário – Tributação internacional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 220; TAVOLARO, Agostinho Toffoli. Utilização abusiva dos tratados internacionais de dupla tributação (treaty shopping). **Revista tributária e de finanças públicas**, v. 12, nº 59. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 247; TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 326-327; FERNANDES, Rayneider Brunelli Oliveira; BONITO, Rafael Frattari. Treaty shopping: planejamento tributário no plano internacional ou forma de abuso de direito (?). **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 23, 2013, p. 10-11; PINHEIRO, Rodrigo Rigo. Treaty shopping: aspectos jurídicos, econômicos e sua relevância no cenário nacional. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 17, nº 84, 2009, p. 140; VIEIRA, Luciane Klein. El treaty shopping y las medidas anti-elusión en el derecho brasileño. **Revista Jurídica Tributária**, ano 3, nº 10. Sapucaia do Sul: Notadez, 2010, p. 208-209.

<sup>69</sup> ROSENBLOOM, H. David. Tax treaty abuse: policies and issues. **15 Law & Pol'y Int'l Bus.** 763, 1983, p. 766; DUFF, David G. **Responses to tax treaty shopping: a comparative evaluation**. 2010, p. 3; DE BROE, Luc. **International tax planning & prevention of abuse under domestic tax law**. Leuven, 2007, p. 1.

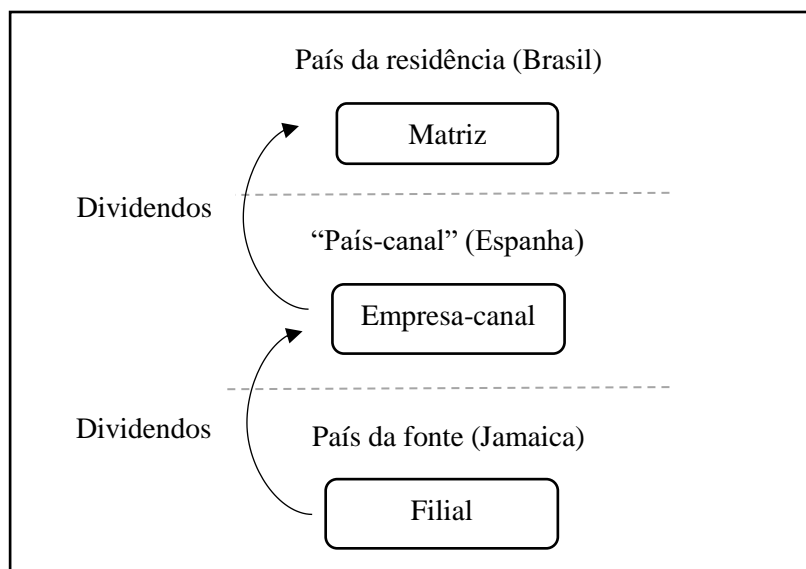
<sup>70</sup> NYBERG, Andreas. **Treaty shopping**. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Direito, Universidade de Lund, Lund, 2002, p. 9; KRISHNA, Vern; GERVAIS, B. L. Treaty shopping and the concept of beneficial ownership in double tax treaties. **Canadian Current Tax**, v. 19, n. 11, p. 129-149, 2009, p. 129.

vantagem das regras convencionais, manipulando as regras do tratado da maneira que se adegue melhor aos seus interesses.<sup>71</sup>

Nessa primeira aproximação, podemos constatar que o *treaty shopping* corresponde a algumas formas de estruturação negocial envolvendo tratados contra dupla tributação, e considerada, ao menos para os Estados e instituições internacionais (que desejam combater o fenômeno), como “abusiva”, ou, no mínimo, “indevida”. Mas acreditamos que esse conceito inicial não oferece uma explicação adequada do fenômeno. Para visualizar melhor a questão, vamos ilustrar uma modalidade de *treaty shopping* de especial relevância: a utilização de “empresas-canal” (*conduit companies*).

A estratégia da interposição de uma “empresa-canal” pode ser descrita a partir do seguinte exemplo (hipotético). Uma empresa, residente no Brasil, espera receber dividendos de uma filial na Jamaica, mas percebe que não existe tratado contra a dupla tributação firmado entre os dois Estados. Assim, interpõe uma outra empresa na Espanha, país que possui tratados com ambos os Estados, com o único objetivo de receber os dividendos da Jamaica e repassá-los ao Brasil.

**Figura 3** – *Treaty shopping* com o uso de “empresa-canal”.



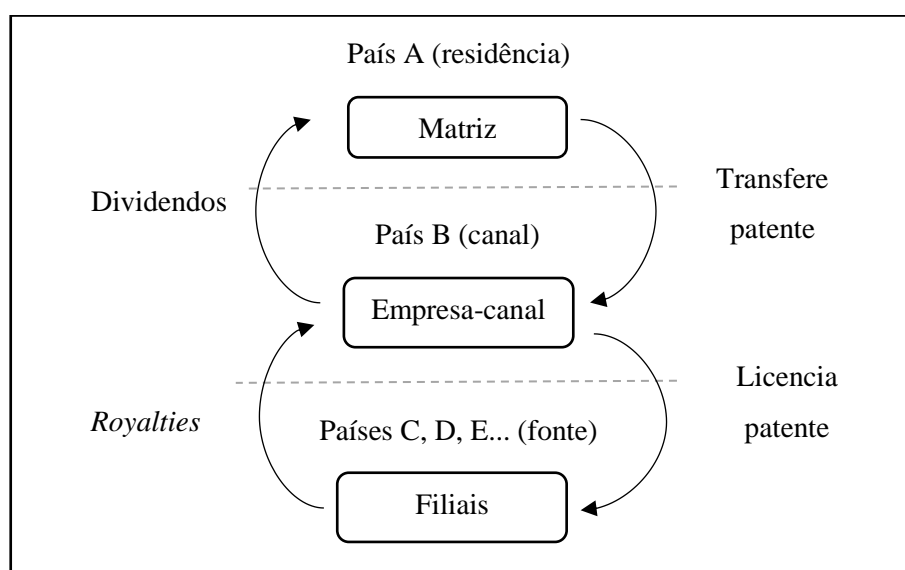
Com a interposição da empresa na Espanha, a matriz residente no Brasil consegue utilizar as regras convencionais dos tratados Jamaica-Espanha e Espanha-Brasil, em

<sup>71</sup> BROE, Luc. **International tax planning & prevention of abuse under domestic tax law**. Leuven, 2007, p. 5; TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 324.

detrimento das regras internas antes aplicáveis (tributação pelo país da residência e/ou fonte), o que pode reduzir ou até mesmo eliminar os seus encargos tributários, a depender da conjunção das regras constantes nos tratados. Nesse contexto, a empresa espanhola serve como mero “canal” (*conduit*) para que os dividendos sejam repassados da Jamaica para o Brasil com um regime tributário mais favorecido.<sup>72</sup>

Exemplo de *treaty shopping* com a utilização de empresa-canal que acarreta baixíssima ou nenhuma carga tributária é fornecido pela OCDE no seu relatório sobre empresas-canal (adaptado)<sup>73</sup>: uma empresa, residente no Estado A, desenvolve uma patente e, desejando licenciá-la para diversos Estados, transfere a patente para uma companhia estabelecida no Estado B. Consideremos ainda que: a) no Estado A, os *royalties* estão sujeitos a baixa, ou nenhuma, tributação; b) nos Estados da fonte, os *royalties* estiverem sujeitos a baixa tributação retida na fonte; c) no Estado B, os *royalties* serão remetidos ao Estado A como dividendos e recebidos dos Estados da fonte isentos ou descontados da base de cálculo do tributo.

**Figura 4** – *Treaty shopping* com o uso de “empresa-canal” resultando em baixa ou nenhuma tributação.



Esse esquema nos permite perceber como a matriz se beneficiou, em termos tributários, da interposição da “empresa-canal”: primeiramente, os lucros auferidos pelas filiais estão sujeitos a baixa ou nenhuma tributação nos países da fonte, por conta de sua

<sup>72</sup> BROE, Luc. **International tax planning & prevention of abuse under domestic tax law**. Leuven, 2007, p. 2-3.

<sup>73</sup> OCDE. Double Taxation and the Use of Conduit Companies. In: **Model Tax Convention on Income and on Capital 2014**, p. 3-4.

legislação interna; remetidos ao Estado B (país-canal), os *royalties* serão recebidos, por força de um tratado contra dupla tributação, isentos ou dedutíveis da base de cálculo do imposto; basta que no Estado A, finalmente, os dividendos sejam também dedutíveis ou sujeitos a baixa tributação para que toda a operação esteja sujeita a baixa ou até nenhuma tributação.

Esses dois exemplos demonstram como o *treaty shopping* pode promover modificações vantajosas no aspecto tributário de uma estruturação de negócios. Esse efeito fiscal, favorável às empresas, é a causa de todos os esforços nacionais e internacionais no combate ao fenômeno. Por essa razão, nos aproximamos, neste trabalho, do conceito oferecido por Schoueri, já apresentado, e que enfatiza o fato de que o *treaty shopping* somente ocorre quando o contribuinte, ao estruturar seus negócios de modo a utilizar disposições convencionais antes indisponíveis, obtém vantagens tributárias dessa operação.

### **2.1.2. Uso abusivo de tratados (*treaty abuse*)**

Acabamos de definir o *treaty shopping* como fenômeno que corresponde a certas hipóteses de planejamento tributário internacional consideradas abusivas, caracterizadas pela motivação fiscal do contribuinte (economia de tributo) e a utilização de benefícios previstos em um tratado contra dupla tributação por meio da interposição de pessoas. É possível questionar, contudo, se as situações de planejamento tributário internacional “abusivo” se esgotam nesse conceito. Seria o *treaty shopping* apenas uma espécie de planejamento tributário “abusivo” dentro de uma categoria mais ampla de uso abusivo de tratados?

A pergunta se responde de maneira afirmativa, considerando a posição da OCDE em relação ao assunto. Na Ação 6 do Projeto BEPS, a organização aborda a questão do uso abusivo de tratados contra dupla tributação a partir de dois tipos de situação: i) aquelas em que o contribuinte tenta evitar as limitações fornecidas pelo próprio tratado; ii) aquelas em que a pessoa tenta evitar as disposições da legislação doméstica tributária usando benefícios previstos no tratado.<sup>74</sup>

Broe e Luts, esmiuçando esses dois tipos de situações identificadas pela OCDE como uso abusivo de tratados, consideram que elas são compostas pelos seguintes

---

<sup>74</sup> OCDE. **Public Discussion Draft – BEPS Action 6: preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances**. Paris: OECD Publishing, 2014, p. 3.

elementos: a) nas situações do tipo “i”, o contribuinte está sujeito à tributação pela legislação interna, mas invoca, de maneira imprópria (*improperly*) as disposições de um tratado contra dupla tributação, afastando a incidência das normas internas;<sup>75</sup> b) nas situações do tipo “ii”, o contribuinte, de maneira imprópria, evita a aplicação de uma norma interna que criaria a obrigação tributária ou pretende aplicar uma norma interna que reduz seu ônus tributário. Em seguida, esse benefício tributário é negado, seja judicialmente ou por uma norma antiabuso. Por fim, o contribuinte invoca os benefícios de um tratado contra dupla tributação para afastar a norma antiabuso ou a decisão judicial.<sup>76</sup>

Nas situações do tipo “i”, o comportamento abusivo do contribuinte tem como motivação a obtenção de benefícios previstos em um tratado contra a dupla tributação, em um contexto no qual a concessão desses benefícios vai de encontro às disposições, objetivo e finalidade do tratado.<sup>77</sup> São situações que correspondem, principalmente, a casos de *treaty shopping* e de *rule shopping*.<sup>78</sup> Nesse contexto, poderíamos responder a pergunta inicial de maneira afirmativa: o uso abusivo de tratados seria uma categoria mais ampla, dentro da qual o *treaty shopping* é espécie.

No mesmo sentido, a OCDE afirma, no Relatório Final da Ação 6 do Projeto BEPS, que o artigo 1, parágrafo 9.5, dos Comentários à Convenção Modelo oferece uma orientação confiável do que constituiria uso abusivo de um tratado contra a dupla tributação. Segundo o dispositivo, os benefícios de um tratado contra dupla tributação não devem ser concedidos quando o principal propósito de certos arranjos ou transações seja assegurar um tratamento tributário mais favorável – nessas circunstâncias, a obtenção do tratamento tributário mais favorável seria contrária ao objetivo e finalidade das disposições relevantes do tratado.<sup>79</sup>

Por outro lado, nas situações do tipo “ii”, não se mostra razoável inferir que haja abusivo das disposições do tratado. A princípio, o contribuinte deseja a não incidência de uma norma interna ou a incidência de norma mais favorável – assim, o objetivo e finalidade dessas normas internas é que seriam frustrados com a obtenção dos benefícios

<sup>75</sup> DE BROE, Luc; LUTS, Joris. BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse. **Intertax**, v. 43, n. 2, 2015, p. 125.

<sup>76</sup> *Ibid.*

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 125-126.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 126.

<sup>79</sup> OCDE, **Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstance - BEPS Action 6 - 2015 Final Report**. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 79.

tributários. As normas do tratado contra dupla tributação são invocadas apenas no contexto de um litígio judicial ou administrativo. Desse modo, é incerto afirmar se as situações do tipo “ii” podem se enquadrar no contexto do uso abusivo de tratados.<sup>80</sup>

Nas discussões teóricas, o conceito de uso abusivo de tratados não é empregado de maneira coerente. Há quem fundamente o conceito, como Linderfalk, a partir da doutrina do abuso de direito, em sua aplicação ao direito internacional. Segundo essa doutrina, quando o exercício de um direito conferido por uma norma jurídica faz com que o objetivo e finalidade dessa norma seja ineficaz, configura-se abuso de direito. Na medida em que a Convenção de Viena estabelece que os tratados devem ser interpretados de boa-fé segundo seu objetivo e finalidade<sup>81</sup> (o que é definido pelas partes acordantes), é abusiva qualquer interpretação do tratado que não possa ser fundamentada razoavelmente como sendo de acordo com a intenção das partes acordantes.<sup>82</sup>

Em sentido ligeiramente distinto, e mais próximo à conceituação adotada pela OCDE, Stef van Weeghel afirma que o *treaty abuse* ocorre nas situações em que o uso de um tratado contra dupla tributação tem a única intenção de elidir o tributo de um ou de ambos os Estados Acordantes e esse uso frustra expectativas e objetivos diplomáticos fundamentais e duradouros compartilhados por ambos os Estados Acordantes – e, portanto, o propósito do tratado como um todo. Esse propósito, segundo o autor, englobaria tanto o objetivo de evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal quanto as expectativas e objetivos diplomáticos dos Estados Acordantes.<sup>83</sup>

No âmbito do direito interno, constata-se que a expressão é utilizada muitas vezes em conjunto (ou até de forma indistinta) com as expressões “evasão fiscal”, “elisão fiscal”, “uso impróprio de tratados” e “planejamento tributário abusivo”. Contudo, esses termos não se referem às mesmas coisas, e muitas vezes os critérios delimitadores desses

---

<sup>80</sup> DE BROE, Luc; LUTS, Joris. BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse. *Intertax*, v. 43, n. 2, 2015, p. 126.

<sup>81</sup> Assim dispõe o art. 31.1 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados: “1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm). Acessado em 05/11/2017.

<sup>82</sup> LINDERFALK, Ulf. **Treaty abuse, general international law, and the multilateral convention to implement tax treaty related measures to prevent BEPS: what can be achieved by applying the multilateral convention that cannot already be achieved by applying general international law?** 2017, *passim*.

<sup>83</sup> VAN WEEGHEL, Stef. **The improper use of tax treaties: with particular reference to the Netherlands and the United States**. London: Kluwer Law International, 1998, p. 117.



conceitos são estabelecidos por cada Estado, de acordo com suas especificidades.<sup>84</sup> Enquanto, por exemplo, nos Estados Unidos, os planejamentos tributários considerados abusivos são combatidos por construções jurisprudenciais embasadas em critérios como o da “substância econômica” (*economic substance*) e o do “propósito negocial” (*business purpose test*), na Alemanha, por outro lado, tal fenômeno é combatido a partir do conceito de “abuso de formas jurídicas” (*Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten*), prevista no Código Tributário Alemão e que permite a tributação por analogia.<sup>85</sup>

É possível verificar, portanto, que não existe uso coerente da expressão “uso abusivo de tratados”, encontrando-se definições das mais distintas no seu uso pelos Estados e instituições internacionais e nas discussões acadêmicas e doutrinárias. Nossa aproximação ao termo, para fins do presente trabalho, será feita por meio das indicações oferecidas pela OCDE, ainda que não sejam muito claras ou coerentes, ao longo do Projeto BEPS.

Assim, consideraremos que o uso abusivo de tratados ocorre sempre que a concessão de um benefício previsto em tratado contra dupla tributação esteja em desacordo com o seu objetivo e finalidade, em especial quando: a) há prática de *treaty shopping* e *rule shopping*; b) o contribuinte invoca o tratado contra a dupla tributação, em um contencioso administrativo ou judicial, para afastar a aplicação de uma norma ou jurisprudência antiabuso.

### 2.1.3. O combate ao *treaty shopping* pela OCDE

Sendo o *treaty shopping* uma questão há muito conhecida no Direito Tributário Internacional, é importante notar que a Ação 6 do Projeto BEPS, que iremos analisar com profundidade no tópico seguinte, não deve ser vista como um ponto isolado no combate ao *treaty shopping* e outras formas de uso abusivo de tratados, mas em continuidade com o esforço de décadas por parte da OCDE.<sup>86</sup>

A primeira manifestação da organização nesse sentido se deu no contexto das alterações promovidas em 1977 na Convenção Modelo de 1963, especialmente pela

<sup>84</sup> NETO, Luís Flávio. **Teorias do “abuso” no planejamento tributário**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 48.

<sup>85</sup> NETO, p. 154-176; 212-218, *passim*.

<sup>86</sup> A linha do tempo apresentada a seguir acompanha aquela feita pela própria OCDE. Cf. OCDE. **Public Discussion Draft – BEPS Action 6: preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances**. Paris: OECD Publishing, 2014, p. 4.

inclusão do conceito de beneficiário efetivo (*beneficial owner*) nos artigos 10, 11 e 12 da Convenção Modelo.<sup>87</sup> A alteração permitia que determinados benefícios dos tratados pudessem ser negados a empresas que não fossem “beneficiárias efetivas” de determinada renda, ainda que formalmente a tivesse recebido.<sup>88</sup> Ao mesmo tempo, foi incluída uma seção intitulada “Uso impróprio da convenção” nos Comentários ao art. 1 da Convenção Modelo, que incluía dois exemplos de *treaty shopping* e ressaltada a necessidade de realizar um estudo profundo desses problemas.

Em 1986, o relatório “Dupla tributação e o uso de empresas-canal” (*Double Taxation and the Use of Conduit Companies*) voltou a abordar a questão, reconhecendo que a Convenção Modelo de 1977 não oferecia mecanismos suficientes para evitar o *treaty shopping* praticado por meio de empresas-canal, “expressando apenas uma preocupação geral de que o uso impróprio de tratados deveria ser evitado”.<sup>89</sup> Naquela ocasião, a OCDE, avaliando diversas possíveis abordagens ao problema, afirmou ser necessário empreender mudanças tanto na Convenção Modelo de 1977 quanto aos Comentários à Convenção Modelo, mas ressaltou que isso dependia de um estudo mais aprofundado.<sup>90</sup> Como resultado, em 1992 foram incorporadas várias disposições a respeito do *treaty shopping* na seção “Uso impróprio da convenção”, constante no comentário ao art. 1 da Convenção Modelo.

Em 1998, a OCDE emitiu um relatório de grande escala intitulado “Concorrência tributária prejudicial: um problema global emergente” (*Harmful Tax Competition: an emerging global issue*), abordando as práticas tributárias prejudiciais (*harmful tax practices*) de paraísos fiscais e regimes tributários preferenciais prejudiciais e seu impacto nos sistemas tributários nacionais.<sup>91</sup> Reconheceu-se, com o advento desse relatório, que apenas uma cooperação internacional séria e consistente é capaz de combater a elisão e evasão tributária internacional, já que as medidas uni- e bilaterais têm se mostrado ineficazes.<sup>92</sup>

---

<sup>87</sup> VAN RAAD, Kees. **Model income tax treaties**. Springer Netherlands, 1983, p. 34-46.

<sup>88</sup> AVI-YONAH, Reuven; PANAYI, Christiana HJI. **Rethinking Treaty-Shopping: Lessons for the European Union**. 2010, p. 31.

<sup>89</sup> OCDE, *Double Taxation and the Use of Conduit Companies*. In: **Model Tax Convention on Income and on Capital 2014**. Paris: OECD Publishing, 2014 [1986], p. 9. Tradução livre. Original: “(...) expressing only a general concern that improper use of treaties should be avoided.”

<sup>90</sup> *Ibid.*

<sup>91</sup> OCDE. **Harmful tax competition: an emerging global issue**. Paris: OECD Publishing, 1998, p. 8.

<sup>92</sup> BORGES, Antônio de Moura. Considerações sobre o combate à concorrência tributária internacional prejudicial. **Fórum de Direito Tributário**, v. 12, 2004, p. 66.

Entre as numerosas recomendações e medidas do relatório, destaca-se a de número 9, que aconselhava os países a incluir disposições em seus tratados para restringir benefícios a práticas consideradas prejudiciais, especialmente em casos de *treaty shopping*. Também seria necessário modificar a Convenção Modelo da OCDE para incluir disposições ou esclarecimentos a esse respeito.<sup>93</sup>

Em 2002, o Comitê para Assuntos Fiscais da OCDE, em resposta à ação 9 do Relatório de 1998, apresentou essas medidas no relatório “Restringindo o direito a benefícios convencionais” (*Restricting the entitlement to treaty benefits*). Vários parágrafos foram acrescentados nos Comentários à Convenção Modelo para esclarecer o conceito de “beneficiário efetivo” em situações envolvendo empresas-canal.<sup>94</sup> De maior relevância, contudo, é a inclusão, nos Comentários, de vários exemplos de cláusulas antiabuso, especialmente de uma cláusula de limitação de benefícios contida na Convenção Modelo da ONU de 1996.<sup>95</sup> É a primeira ocasião em que a OCDE ativamente recomenda a adoção de uma cláusula *limitation of benefits* (LOB) no combate ao *treaty shopping*. Entretanto, tal medida não é efetivamente incorporada no texto da Convenção Modelo da OCDE.

Nos anos seguintes, a OCDE continuou a se empenhar no sentido de fornecer uma definição de “beneficiário efetivo” mais precisa e adequada, à luz de diversas estratégias de *treaty shopping*. A última empreitada realizada antes do Projeto BEPS foi a proposta de revisão dos Comentários aos artigos 10, 11 e 12 da Convenção Modelo.<sup>96</sup> Mas a organização já sinalizava para a insuficiência do conceito, ao afirmar, no parágrafo 12.5 do Comentário ao artigo 10, que embora o conceito de “beneficiário efetivo” seja capaz de tratar de algumas formas de evasão fiscal, ele não abarca todos os casos de *treaty shopping*”, sendo necessário, portanto, o uso de outras medidas.<sup>97</sup>

## 2.2. O Projeto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) da OCDE

Já no início do relatório que deu origem ao Projeto BEPS, a OCDE afirma que “[...] cada vez mais os governos perdem muito em arrecadação de impostos de pessoas

<sup>93</sup> OCDE. **Harmful tax competition: an emerging global issue**. Paris: OECD Publishing, 1998, p. 47-48.

<sup>94</sup> OCDE. Restricting the entitlement to treaty benefits. In: **Model Tax Convention on Income and on Capital 2014**. Paris: OECD Publishing, 2014, p. 3-4.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 11-14.

<sup>96</sup> OCDE. **OECD Model Tax Convention: revised proposals concerning the meaning of “beneficial owner” in articles 10, 11 and 12**. Paris: OECD Publishing, 2012.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 10.

jurídicas em decorrência de planeamentos que se focam na transferência de lucros para localidades que oferecem um tratamento fiscal mais favorável”.<sup>98</sup> O paradigma da tributação internacional, que remonta à década de 1920, foi definitivamente colocado em xeque com os efeitos da globalização e as inovações tecnológicas das últimas décadas.

Esse problema, apesar de não ser exatamente novo – como reconhece a própria OCDE, tais questões já despontavam na década de 1960<sup>99</sup> – se tornou cada vez mais relevante a partir do final da década de 2000, com os impactos da globalização no sistema tributário internacional, permitindo às multinacionais maximizarem as vantagens do planejamento tributário. Nesse momento, talvez elas tenham atravessado a linha das vantagens consideradas aceitáveis, e a exposição dos esquemas de planejamento tributário pela mídia alavancou o debate internacional, inclusive no âmbito político, sobre o assunto.<sup>100</sup>

Era a receita para uma “perfeita tempestade”, que tomou força com a crise econômica de 2008.<sup>101</sup> As nações, abaladas pela perda de receita, tomaram partido na discussão: em 2012, os líderes do G20 declararam ser necessário prevenir a erosão da base tributária e a transferência de lucros, anunciando que o trabalho em curso da OCDE nessa área seria seguido com atenção.<sup>102</sup> A OCDE, respondendo a demanda, apresentou, em julho de 2013, o relatório *Base Erosion and Profit Shifting* (i.e., “combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros”), mais conhecido por sua sigla “BEPS”. Seria, finalmente, a vez de enfrentar os conhecidos problemas do sistema tributário internacional, mas dessa vez com objetivos mais concretos e um prazo (curto, diga-se de passagem) para entrega de soluções.

O relatório, como o título sugere, endereça a questão da erosão da base tributária (*base erosion*) e as transferências de lucros (*profit shifting*) no contexto do planejamento tributário agressivo (*harmful*).<sup>103</sup> Reconhecendo que “as atuais normas tributárias internacionais talvez não tenham conseguido acompanhar as mudanças nas práticas

---

<sup>98</sup> OCDE. **Combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros**. Paris: OECD Publishing, 2013, p. 15.

<sup>99</sup> SAINT-AMANS, Pascal; RUSSO, Raffaele. **What the BEPS are we talking about?** 2014.

<sup>100</sup> BRAUNER, Yariv. What the BEPS? **16 Fla. Tax Rev.** 55, 2014, p. 58.

<sup>101</sup> *Ibid.*

<sup>102</sup> GRUPO DOS 20 – G20. **Declaração dos Líderes do G20 no encontro realizado em Los Cabos, México, em 18 e 19 de junho de 2012**. 2012.

<sup>103</sup> OCDE, *op. cit.*, p. 8-9.

comerciais globais”<sup>104</sup>, a OCDE propôs a adoção de um “plano de ação global de grande escala (...) com a contribuição de todas as partes envolvidas”<sup>105</sup> com o objetivo de: a) identificar as ações necessárias para enfrentar a questão da erosão da base tributária e da transferência de lucro; b) determinar os prazos de implementação dessas ações; c) identificar os recursos e a metodologia necessários para a implementação das ações.<sup>106</sup>

O Projeto BEPS revela uma mudança na postura internacional em relação às diversas fragilidades na atual rede internacional de normas tributárias, muitas conhecidas há décadas, mas acentuadas pelo atual estágio de globalização. Ademais, evidencia que os Estados passaram a reconhecer que essas fragilidades não podem ser enfrentadas pela via unilateral, sem a adoção de uma política fiscal global fundada na cooperação e na coordenação entre as políticas fiscais domésticas e internacionais e com o propósito de corrigir as atuais falhas e descompassos.<sup>107</sup>

Sem muito tardar, o “Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros” (*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* ou “Plano BEPS”) foi apresentado em 2014. Consolidando a posição externada no relatório de 2013, o plano de ação afirma que a globalização, a crescente importância dos serviços na economia e o advento dos produtos digitais permitiu que as grandes empresas praticassem planejamento tributário para além do limite “aceitável”, tomando “posições fiscais agressivas”.<sup>108</sup> Afirma, então, que o problema se tornou crítico na sociedade contemporânea, prejudicando a todos: a) os governos, com a perda de receita, fragilização do sistema tributário, e, nos países em desenvolvimento, perda de investimentos governamentais que poderiam acarretar crescimento econômico; b) os cidadãos, que acabam tendo de pagar mais impostos; c) os negócios, por acarretar severas distorções na livre concorrência.<sup>109</sup>

Assumindo, mais uma vez, a obsolescência das normas internacionais tributárias, assentadas em princípios comuns e na rede de tratados bilaterais contra a dupla

---

<sup>104</sup> OCDE. **Combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros**. Paris: OECD Publishing, 2013, p. 9.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>107</sup> XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 284.

<sup>108</sup> OCDE, *op. cit.*, p. 8.

<sup>109</sup> *Ibid.*

tributação,<sup>110</sup> a OCDE manifesta sua insatisfação com as deficiências das normas atuais, que propiciam a erosão da base tributária e a transferência de lucros, levando a uma redução da imposição tributária ou mesmo à dupla não tributação.<sup>111</sup> Mas ressalta: a redução ou eliminação da tributação somente é motivo de preocupação quando “associada a práticas que segregam artificialmente os rendimentos tributáveis das atividades que o geram”.<sup>112</sup>

Assim, de modo a evitar a sobreposição das normas tributárias, dando origem a padrões internacionais concorrentes, e a tomada de medida unilaterais, em detrimento do atual quadro fundado no acordo comum entre os Estados, o que poderia descambar em uma “anarquia fiscal generalizada marcada pelo regresso massivo da dupla tributação”<sup>113</sup>, o plano de ação justifica a sua relevância internacional e a urgência na apresentação de resultados e tomada de medidas concretas. Note-se, porém, uma importante ressalva: o projeto não se destina, diretamente, a uma mudança nos padrões internacionais de distribuição de competência tributária, isto é, aos problemas derivados da repartição entre os estados da fonte (ou origem) e os estados da residência.<sup>114</sup> Assim, o projeto já revela, talvez, um de seus pontos fracos: se não objetiva reformular o paradigma da tributação internacional, talvez os objetivos não possam ser alcançados com plenitude.

Explicados os motivos, necessário traçar a estratégia: apesar da ausência de justificativas claras nesse sentido, o prazo de entrega dos resultados era curto, em até dois anos após a apresentação do plano de ação.<sup>115</sup> Assim, repartiu-se a frente de atuação em 15 ações diferentes, tendo como premissa a transparência e a segurança jurídica:<sup>116</sup>

- Ação 1: abordar os desafios fiscais da economia digital;
- Ação 2: neutralizar os efeitos dos instrumentos híbridos;
- Ação 3: reforçar as normas relativas às sociedades estrangeiras controladas (SEC – “CFC rules”);
- Ação 4: limitar a erosão da base tributária através da dedução de juros e outras compensações financeiras;

---

<sup>110</sup> OCDE. **Combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros**. Paris: OECD Publishing, 2013, p. 9-10.

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>112</sup> *Ibid.*

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>114</sup> *Ibid.*

<sup>115</sup> *Ibid.*, p. 27-28.

<sup>116</sup> *Ibid.*, p. 15-26.

- Ação 5: combater de modo mais eficaz as práticas tributárias prejudiciais, tendo em conta a transparência e a substância;
- Ação 6: prevenir o uso abusivo de tratados;
- Ação 7: prevenir que o status de estabelecimento permanente seja evitado;
- Ações 8, 9 e 10: garantir que os resultados dos preços de transferência estejam alinhados com a criação de valor;
- Ação 11: estabelecer metodologias para coletar e analisar os dados sobre os fenômenos econômicos da base tributária e da transferência de lucros e as ações para remediá-los;
- Ação 12: exigir que os contribuintes revelem os seus esquemas de planejamento tributário agressivo;
- Ação 13: reexaminar a documentação de preços de transferência;
- Ação 14: tornar mais efetivos os instrumentos de resolução das disputas;
- Ação 15: desenvolver um instrumento multilateral.

Em outubro de 2015, a OCDE apresentou o pacote definitivo de medidas, direcionadas tanto à implementação doméstica quanto internacional, nos “relatórios finais” (*final reports*) de cada ação. Desde então, a organização e os países interessados vêm se esforçando na implementação das medidas consideradas adequadas. Apesar de o Brasil não compor – a despeito da recente candidatura – a OCDE, o país tem se manifestado no sentido de implementar diversas ações do plano BEPS, por conta de sua recente candidatura à organização.

### **2.3. A Ação 6 do Projeto BEPS: prevenir o uso abusivo de tratados**

O plano de ação BEPS, apresentado em 2014, considerou o uso abusivo de acordos (*treaty abuse*) como “uma das principais fontes de preocupações em relação às práticas de erosão da base tributária e da transferência de lucros”<sup>117</sup>, dedicando a Ação 6 do Projeto BEPS ao combate da questão. As primeiras sugestões da OCDE, constantes no plano de ação do projeto, eram as seguintes: (i) desenvolver disposições modelo (direcionadas à Convenção Modelo da OCDE) e recomendações relativas a normas internas no sentido de evitar a concessão inadequada de benefícios previstos em tratados contra a dupla tributação; (ii) esforçar-se no esclarecimento de que os tratados contra a

---

<sup>117</sup> OCDE. **Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros**. Paris: OECD Publishing, 2014, p. 19.

dupla tributação não se destinam à dupla não tributação e identificar critérios de política fiscal que os países devem considerar antes de firmar um acordo.<sup>118</sup> Essas sugestões permaneceram na minuta de discussão pública apresentada em março do mesmo ano.<sup>119</sup>

Ao tratar do ponto “i”, a OCDE afirma ser útil dividir em duas as situações em que ocorre a concessão de benefícios de tratados em circunstâncias inapropriadas: aquelas em que se tenta evitar (*circumvent*) as limitações fornecidas pelos próprios tratados e aquelas em que se tenta evitar a incidência de normas internas se utilizando de benefícios oferecidos por tratados.<sup>120</sup> Tal divisão se justifica na medida em que a organização propõe soluções distintas para cada situação.

Com relação à primeira hipótese, a OCDE, revisando seus esforços anteriores no combate ao *treaty shopping*, recomendou uma abordagem tripartida: i) a inclusão, no título e preâmbulo dos tratados, de uma declaração no sentido de que os Estados acordantes desejam prevenir a elisão fiscal (*tax avoidance*), evitando, em especial, a oportunização de *treaty shopping*; ii) a inclusão de uma regra antiabuso específica nos tratados, no mesmo sentido da cláusula de limitação de benefícios (*limitation-on-benefits provision* - *LOB*) contida na Convenção Modelo adotada pelos Estados Unidos; iii) a inclusão de uma regra antiabuso geral, de forma a incluir as situações eventualmente não abrangidas na regra específica, que avalie se os “propósitos” dos arranjos e transações envolvidas cumprem com os objetivos dos tratados, negando os benefícios se eles irem de encontro; é a chamada cláusula “PPT” (*principal purpose test rule*).<sup>121</sup>

Quanto à segunda hipótese, a OCDE argumenta que em diversas ocasiões as estratégias de elisão fiscal não são causadas diretamente pelos tratados, mas facilitadas por eles. Nesse contexto, seriam necessárias alterações na legislação doméstica. O ponto principal é assegurar que, em negócios considerados “abusivos” (*e.g.*: negócios que tomam vantagem das discrepâncias entre sistemas fiscais, como aqueles enfrentados pelas Ações 2 do Projeto BEPS) os tratados não acabem por afastar a aplicação de regras

---

<sup>118</sup> OCDE. **Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros**. Paris: OECD Publishing, 2014, p. 20.

<sup>119</sup> OCDE. **Public Discussion Draft – BEPS Action 6: preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances**. Paris: OECD Publishing, 2014.

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 4-20.



domésticas que evitariam essas transações. A implementação se daria por meio da alteração de alguns dispositivos da Convenção Modelo da OCDE.<sup>122</sup>

No que diz respeito ao ponto “ii” (esclarecer que os acordos não se prestam à dupla não tributação e políticas que os estados deveriam considerar antes de celebrar acordos), a OCDE recomendou alterações na redação do título e do preâmbulo da Convenção Modelo da OCDE, para declarar, de maneira expressa, que os tratados não se direcionam à elisão e evasão fiscal e ao *treaty shopping*.<sup>123</sup>

Em seguida, a minuta foi submetida a diversas rodadas de discussão pública, com sucessivas sugestões e comentários, até a publicação dos relatórios finais do Projeto BEPS, em outubro de 2015. Naquela ocasião, a OCDE, em ousada declaração, afirmou que estariam lançadas “as fundações de uma moderna estrutura tributária internacional, sob a qual os lucros são tributados onde a atividade econômica e a criação de valor ocorrem”.<sup>124</sup> O relatório final foi dividido em três seções (A, B, C), cada uma endereçando questões identificadas no plano de ação do projeto.

### 2.3.1. Seção A: Novas regras antiabuso

A Seção A do relatório, que se destina a desenvolver disposições modelo e recomendações no sentido de evitar a concessão inadequada de benefícios previstos em tratados contra a dupla tributação, é certamente a de maior relevância prática. Seguindo, em grande medida, as propostas constantes na minuta do plano de ação apresentado em 2014, a OCDE inclui, na sua Convenção Modelo, regras “antiabuso”, com o objetivo de combater o *treaty shopping* e outras formas de uso abusivo de tratados, e trata da interação entre regras antiabuso convencionais e domésticas.<sup>125</sup>

Essa seção do relatório final mantém-se fiel à proposta apresentada no plano de ação. Assim, ao tratar da prevenção de concessão de benefícios previstos em tratados em circunstâncias inadequadas, volta a afirmar que isso ocorre em duas situações distintas: i) situações em que a pessoa tenta evitar as limitações fornecidas pelo próprio tratado; ii) situações em que a pessoa tenta evitar a incidência de normas da legislação interna por

<sup>122</sup> OCDE. **Public Discussion Draft – BEPS Action 6: preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances**. Paris: OECD Publishing, 2014, p. 21-26.

<sup>123</sup> *Ibid.*, p. 27-31.

<sup>124</sup> OCDE. **Explanatory statement – Final reports**. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 9. Tradução livre. Original: “(...) the foundations of a modern international tax framework under which profits are taxed where economic activity and value creation occurs”.

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 9-10.

meio de benefícios oferecidos por tratados.<sup>126</sup> Nesse contexto, o termo “benefícios” engloba todas as limitações ao direito de tributar dos Estados Acordantes (*e.g.*: redução de alíquota, isenção, etc.), nos termos dos artigos 6 a 22 da Convenção Modelo, como, por exemplo, as disposições a respeito de *royalties*, lucros, dividendos e ganhos de capital.<sup>127</sup>

Abordaremos primeiramente as situações em que se tenta evitar as próprias disposições convencionais, o que pode ocorrer por meio de *treaty shopping* ou outras hipóteses de utilização abusiva de tratados.<sup>128</sup> Como já relatado (*supra*, 2.3), a OCDE recomendou uma abordagem tripartida, com a inclusão, em sua Convenção Modelo, de uma regra antiabuso específica nos moldes da cláusula LOB (*Limitation-on-Benefits*), uma regra antiabuso mais geral, chamada de cláusula ou regra PPT (*Principal Purpose Test*), e modificações textuais no preâmbulo e no título da Convenção.

A inclusão simultânea de duas regras antielisivas na Convenção Modelo decorre, segundo a OCDE, do fato de que cada regra possui seus pontos fortes e fracos. A cláusula LOB seria direcionada a combater situações de *treaty shopping* identificáveis com base em critérios como a natureza jurídica ou atividades desenvolvidas por certa pessoa, o que garantiria maior segurança jurídica. Entretanto, segundo a organização, tal cláusula não lidaria com outras formas de uso abusivo de tratados, o que necessitaria de uma regra mais genérica.<sup>129</sup> A regra PPT, por sua vez, é mais ampla e abarcaria as situações de uso abusivo de tratados não alcançadas pela cláusula LOB, mas sua aplicação é mais complexa e requer uma análise caso a caso.

#### 2.3.1.1. Cláusula LOB (*Limitation-on-Benefits*)

Debate-se a adoção de uma cláusula LOB desde que, pela primeira vez, os Estados Unidos incorporaram esta norma antielisiva em sua Convenção Modelo de 1981. Na sua redação original, a cláusula tinha a função de restringir a concessão de determinados benefícios previstos no tratado contra dupla tributação, que só seriam garantidos se a sociedade em questão passasse por uma série de “testes” objetivos. Esses testes

<sup>126</sup> OCDE. **Explanatory statement – Final reports**. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 17.

<sup>127</sup> OCDE. **Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances - BEPS Action 6 - 2015 Final Report**. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 24.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 17-78.

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 19.

permitiriam, em tese, demonstrar se a empresa não foi estabelecida com o mero intuito de gerar benefícios fiscais naquele Estado.<sup>130</sup>

Naquela época, a cláusula já era bastante criticada pelos estudiosos da área. Alguns a criticavam por se tratar de norma antielisiva, argumentando que o combate à elisão (economia de tributo sem ilicitude por parte do contribuinte) é ilegítimo, sendo justificável apenas o combate à evasão e elusão fiscal. Outros argumentavam que, a despeito da cláusula tentar fornecer critérios objetivos, ela acaba sendo muito genérica, promovendo incertezas a respeito de sua aplicação. Críticas também foram levantadas acerca de sua possível incompatibilidade com as normas comunitárias da União Europeia e com a necessidade de um aparato estatal excessivamente sofisticado para aplicação de tal cláusula.<sup>131</sup>

A própria OCDE relata que a adoção de uma cláusula LOB foi inspirada na experiência estadunidense e de outros poucos países (como o Japão e a Índia), que incorporaram dispositivos dessa natureza em seus tratados contra a dupla tributação. Com efeito, ao comparamos a redação sugerida para os dispositivos, presente nos Comentários à Convenção Modelo, com a redação da cláusula LOB constante na Convenção Modelo dos Estados Unidos, constatamos uma grande semelhança entre os dispositivos.

A atual redação da cláusula LOB a ser incluída na Convenção Modelo da OCDE está assim disposta:<sup>132</sup>

#### Artigo 29

##### DIREITO A BENEFÍCIOS PREVISTOS NO TRATADO

1. [Dispositivo que, observados os parágrafos 3 a 5, restringe os benefícios dos tratados a um residente de um Estado Contratante que seja uma “pessoa qualificada”, como definido no parágrafo 2];
2. [Definição de situações em que um residente é uma pessoa qualificada, o que abarca:
  - um indivíduo;
  - um Estado Contratante, suas subdivisões políticas, órgãos e repartições;
  - certas empresas e pessoas jurídicas com ações na bolsa de valores;

<sup>130</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. **Planejamento fiscal através de acordo de bitributação: treaty shopping**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 164-165.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 165-168, *passim*.

<sup>132</sup> A previsão é que essa disposição conste como os parágrafos 1-7 do art. 29 da Convenção Modelo da OCDE, segundo o mais recente rascunho da Convenção apresentado pela organização, atualmente em processo de escrita. Cf.: OCDE. **Draft contents of the 2017 update to the OECD Model Tax Convention**. Paris: OECD Publishing, 2017. Há diferenças expressivas entre a redação do dispositivo e dos comentários ao dispositivo constante nesse rascunho de 2017 e aquela apresentada em 2015 no relatório final da Ação 6 do Projeto BEPS. Utilizaremos, neste trabalho, a redação mais recente.

- certas afiliadas de empresas e pessoas jurídicas públicas;
  - certas organizações sem fins lucrativos e fundos de pensão;
  - outras pessoas que atendem a certos requisitos de propriedade e erosão da base tributária;
  - certos veículos de investimentos coletivos];
3. [Dispositivo que garante benefícios previstos no tratado em relação a certa renda auferida por pessoa não considerada como “pessoa qualificada”, se a pessoa conduzir negócios ativamente no seu Estado de residência e a renda advenha, ou seja relacionada, desses negócios];
  4. [Dispositivo que garante benefícios previstos no tratado a uma pessoa que não é uma “pessoa qualificada”, se uma quantia mínima de seu patrimônio, acordada entre as Partes, é detida por certas pessoas que fazem jus a benefícios equivalentes];
  5. [Dispositivo que garante benefícios previstos no tratado a uma pessoa qualificada como “sede de empresa”];
  6. [Dispositivo que permite que a autoridade competente de um Estado Contratante garanta certos benefícios a uma pessoa quando esses benefícios seriam, de outra forma, negados nos termos do parágrafo 1];
  7. [Definições aplicáveis aos parágrafos 1-7].<sup>133</sup>

Segundo a OCDE, o dispositivo é propositalmente escrito de maneira genérica<sup>134</sup> para assegurar certa liberdade aos Estados acordantes de estabelecer os parâmetros por meio dos quais se deseja combater a evasão e a elisão fiscal.<sup>135</sup> Ao mesmo tempo, a organização incorpora sugestões de redação desses dispositivos e comentários a seu respeito nos Comentários à Convenção Modelo.

<sup>133</sup> OCDE. **Draft contents of the 2017 update to the OECD Model Tax Convention**. Paris: OECD Publishing, 2017, p. 17-18. Tradução livre. Original: “*ARTICLE 29 - ENTITLEMENT TO BENEFITS*”

1. [Provision that, subject to paragraphs 3 to 5, restricts treaty benefits to a resident of a Contracting State who is a “qualified person” as defined in paragraph 2]

2. [Definition of situations where a resident is a qualified person, which covers

– an individual;

– a Contracting State, its political subdivisions and their agencies and instrumentalities;

– certain publicly-traded companies and entities;

– certain affiliates of publicly-listed companies and entities;

– certain non-profit organisations and recognised pension funds;

– other entities that meet certain ownership and base erosion requirements;

– certain collective investment vehicles.]

3. [Provision that provides treaty benefits to certain income derived by a person that is not a qualified person if the person is engaged in the active conduct of a business in its State of residence and the income emanates from, or is incidental to, that business]

4. [Provision that provides treaty benefits to a person that is not a qualified person if at least more than an agreed proportion of that entity is owned by certain persons entitled to equivalent benefits]

5. [Provision that provides treaty benefits to a person that qualifies as a “headquarters company”]

6. [Provision that allows the competent authority of a Contracting State to grant certain treaty benefits to a person where benefits would otherwise be denied under paragraph 1]

7. [Definitions applicable for the purposes of paragraphs 1 to 7].”

<sup>134</sup> Por mais que pareça contraditório uma regra antielisiva ser, ao mesmo tempo, objetiva e genérica.

<sup>135</sup> OCDE, **Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances - BEPS Action 6 - 2015 Final Report**. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 21.

O conceito de “pessoa qualificada” é uma das modificações mais relevantes trazidas por essa cláusula, na medida em que restringe o escopo do artigo 1 da Convenção Modelo. Não é mais suficiente ser residente de um dos Estados Acordantes para fazer jus aos benefícios previstos no tratado, como dispõe o artigo 1: é necessário ser considerado, também, uma “pessoa qualificada”, nos termos do futuro parágrafo 2 do artigo 29. Essa limitação se estende a todos os tributos abrangidos pelos tratados contra a dupla tributação (arts. 6 a 22 da Convenção Modelo), bem como aos métodos de eliminação da dupla tributação (artigo 23), com exceção dos poucos dispositivos da Convenção Modelo que não requerem obediência ao princípio da residência (artigo 1) para garantirem benefícios.<sup>136</sup>

O parágrafo 2 apresenta um rol das pessoas que devem ser consideradas como “pessoas qualificadas” para efeitos do artigo 29, ou seja, pessoas que fazem jus aos benefícios convencionais sem ter de passar por uma aprovação da autoridade administrativa. Este parágrafo é o responsável por delimitar, efetivamente, o escopo do artigo 1, e a definição de quais pessoas seriam “qualificadas” é bastante variável. Nesse ponto, os Comentários à Convenção Modelo oferecem diversos critérios a serem possivelmente adotados, especialmente no que diz respeito às empresas, o que deverá ser negociado entre os Estados Acordantes.<sup>137</sup>

O parágrafo 3 introduz uma exceção à regra da “pessoa qualificada”, oferecendo um teste alternativo que garanta os benefícios previstos no tratado a um residente de um dos Estados Acordantes e não considerado, à primeira vista, uma pessoa qualificada. Esse “teste de conduta ativa” (*active-conduct test*) parte do ideia de que se uma pessoa residente em um Estado Acordante conduz, de forma ativa, atividades econômicas nesse Estado (seja diretamente ou por meio de outras pessoas), e aufera renda no outro Estado Acordante relativa a essas atividades econômicas, essa pessoa não estará praticando *treaty shopping* e os benefícios previstos no tratado deverão ser garantidos, independentemente de sua natureza jurídica ou de quem detenha a sua propriedade.<sup>138</sup>

O parágrafo 4 oferece um teste por meio do qual certas empresas, residentes de um dos Estados Acordantes mas não consideradas pessoas qualificadas segundo o

---

<sup>136</sup> OCDE. **Draft contents of the 2017 update to the OECD Model Tax Convention**. Paris: OECD Publishing, 2017, p. 177.

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 178-196.

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 197.

parágrafo 2, possam obter os benefícios previstos no tratado em relação a determinada renda se, obedecidos certos critérios, ao menos 75% de suas ações ou quotas (*shares*) detidas, direta ou indiretamente, por pessoas consideradas “beneficiárias equivalentes”, nos termos do subsequente parágrafo 7.<sup>139</sup>

O teste oferecido pelo parágrafo 5 visa a permitir que sedes ou matrizes de empresas, residentes em um dos Estados Acordantes e não consideradas como pessoas qualificadas segundo o parágrafo 2, possam obter benefícios previstos no tratado em relação a juros e dividendos pagos por membros do grupo multinacional da empresa. Para tanto, seis condições bastante restritas deverão ser obedecidas, cuja análise detalhada foge do escopo do presente tópico.<sup>140</sup>

Segundo o parágrafo 6, quando um Estado negar benefícios previstos nos tratados a um residente, nas formas dos parágrafos 1-5, essa pessoa poderá requisitar à autoridade administrativa do Estado a concessão desses benefícios, desde que comprove satisfatoriamente que a constituição, aquisição ou manutenção de seu estabelecimento e que a conduta subjacente às suas operações negociais tiveram como objetivo principal a obtenção dos benefícios convencionais.<sup>141</sup>

Finalmente, o parágrafo 7 é responsável por oferecer as definições dos termos constantes nos parágrafos 1-6. Assim, por exemplo, apresenta o significado de “beneficiário equivalente”, “pessoa conectada”, “renda bruta”, etc., para efeitos da aplicação das normas do tratado.

### **2.3.1.2. Regra PPT (*Principal Purpose Test*)**

A regra PPT é uma norma antielisiva genérica cujo objetivo principal é negar a obtenção de benefícios previstos no tratado nas hipóteses em que o “propósito principal” (*principal purpose*) de certas transações ou arranjos seria o de obter esses benefícios. Esse dispositivo concretiza a orientação geral, incluída nos parágrafos 61 e 76-80 dos Comentários à Convenção Modelo, no sentido de não se deve conceder benefícios de um

---

<sup>139</sup> OCDE. **Draft contents of the 2017 update to the OECD Model Tax Convention**. Paris: OECD Publishing, 2017, p. 200-201.

<sup>140</sup> *Ibid.*, p. 205-208.

<sup>141</sup> *Ibid.*, p. 208.

tratado contra dupla tributação em situações criadas apenas com o objetivo de obter benefícios.<sup>142</sup>

Segundo a OCDE, a intenção subjacente à adoção da regra PPT é a de assegurar que os tratados contra dupla tributação sejam aplicados de acordo com o seu propósito, isto é, prover benefícios a movimentações de serviços, bens, capital e pessoas empreendidas com boa fé, em oposição a arranjos artificiais que visam obter um tratamento tributário mais favorável.<sup>143</sup>

Em sua versão mais recente, a regra está prevista para constar como o parágrafo 9 do artigo 29 da Convenção Modelo. Esta é a redação do dispositivo:

#### Artigo 29

##### DIREITO A BENEFÍCIOS PREVISTOS NO TRATADO

9. Sem prejuízo das demais disposições desta Convenção, um benefício relacionado a determinada renda ou capital não deverá ser concedido se for razoável concluir, considerados todos os fatos e circunstâncias relevantes, que a obtenção desse benefício foi um dos principais propósitos de qualquer arranjo ou transação que resultaram, direta ou indiretamente, nesse benefício, salvo se for demonstrado que a concessão desse benefício nessas circunstâncias estaria de acordo com o objetivo e a finalidade das disposições relevantes desta Convenção.<sup>144</sup>

De acordo com os parágrafos 171 a 172 dos Comentários à Convenção Modelo, a regra PPT não restringe o escopo da cláusula LOB ou da regra prevista no parágrafo 8 do artigo 29. Em verdade, nada impede que a regra PPT seja utilizada para negar benefícios previstos no tratado a uma pessoa que tenha passado pelos testes da cláusula LOB – segundo a OCDE, a regra PPT, sendo mais abrangente, consegue abarcar mais hipóteses de uso abusivo de tratados.<sup>145</sup> Afirma-se, ademais, que a adoção desse dispositivo permite que os Estados enfrentem casos de uso abusivo de tratados ainda que a sua legislação doméstica não permita fazê-lo.<sup>146</sup>

<sup>142</sup> OCDE. **Draft contents of the 2017 update to the OECD Model Tax Convention**. Paris: OECD Publishing, 2017, p. 234.

<sup>143</sup> *Ibid.*, p. 233.

<sup>144</sup> *Ibid.*, p. 19. Tradução livre. Original: “Notwithstanding the other provisions of this Convention, a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention”.

<sup>145</sup> *Ibid.*, p. 234.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 233.

Os parágrafos 176 e 177 dos Comentários à Convenção Modelo revelam que as expressões “arranjos ou transações” e “que resultaram, direta ou indiretamente, nesses benefícios” são propositalmente amplas, de forma a abarcar quaisquer hipóteses, lícitas ou ilícitas, que poderiam ser consideradas como abusivas ou inadequadas no que diz respeito à utilização do tratado.<sup>147</sup>

E quais seriam os critérios aos quais a autoridade administrativa deverá recorrer para definir o “propósito principal” de um determinado arranjo ou transação? A redação da Convenção Modelo não contém disposições nesse sentido. As únicas orientações são fornecidas pelos parágrafos 178 e seguintes dos Comentários à Convenção Modelo, os quais, em suma, estipulam ser necessário empreender uma análise objetiva dos fins e objetivos de todas as pessoas envolvidas no arranjo ou transação.<sup>148</sup>

Entretanto, causam inquietação as recomendações no sentido de não ser necessário haver prova conclusiva a respeito dos propósitos das pessoas envolvidas nos arranjos ou transações; segundo a OCDE, basta que seja razoável concluir, após uma análise objetiva dos fatos, que os propósitos tinham o objetivo exclusivo de obter os benefícios previstos no tratado.<sup>149</sup>

### **2.3.1.3. Modificações no preâmbulo e no título da Convenção Modelo**

O título original da Convenção Modelo da OCDE, presente nos modelos de 1963 e 1977, era “Convenção entre [Estado A] e [Estado B] para evitar a dupla tributação a respeito dos tributos sobre a renda e o capital”. Limitava-se, portanto, a descrever o objetivo e a finalidade principal dos tratados contra dupla tributação, apesar de já se perceber, à época, que esses tratados poderiam ser utilizados como meio de evasão ou elisão fiscal: por essa razão, o artigo 1 dos Comentários à Convenção Modelo dispõe, desde 1977, que a convenção não teria como finalidade auxiliar a evasão ou elisão fiscal.<sup>150</sup>

Contudo, é somente a partir do Projeto BEPS que essa preocupação passou a fazer parte da redação do título e do preâmbulo da Convenção Modelo, que passa a ser a seguinte:

---

<sup>147</sup> OCDE. **Draft contents of the 2017 update to the OECD Model Tax Convention**. Paris: OECD Publishing, 2017, p. 234.

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 235.

<sup>149</sup> *Ibid.*, p. 235.

<sup>150</sup> *Ibid.*, p. 91.



Convenção entre [Estado A] e [Estado B] para eliminação da dupla tributação em tributos sobre a renda e o capital e prevenção da evasão e elisão fiscal.

#### PREÂMBULO À CONVENÇÃO

[Estado A] e [Estado B],

desejando fomentar suas relações econômicas e fortalecer a cooperação em assuntos tributários,

com a intenção de firmar uma convenção para a eliminação da dupla tributação em tributos sobre a renda e o capital sem criar oportunidades para a não tributação ou tributação reduzida por meio de evasão ou elisão fiscal (incluindo arranjos de *treaty shopping* com o objetivo de obter benefícios previstos nesta convenção para o benefício indireto de residente em terceiros Estados),

acordaram o seguinte:<sup>151</sup>

Como um dos propósitos da Ação 6 do Projeto BEPS é o de esclarecer que os tratados contra dupla tributação têm como uma de suas finalidades prevenir a evasão e elisão fiscal, essas modificações no título e no preâmbulo da Convenção Modelo demonstram uma postura mais combativa da OCDE nesse sentido. A implicação prática dessa medida será abordada no tópico 2.3.2, *infra*, deste trabalho.

#### 2.3.1.4. Outras regras

A cláusula LOB e a regra PPT são ambas destinadas às situações em que a pessoa tenta evitar as limitações fornecidas pelo próprio tratado. Contudo, essas regras não abarcam todas as situações de uso abusivo de tratados, como, por exemplo, transações envolvendo transferências de dividendos. Tais situações requerem a incorporação de regras específicas na Convenção Modelo da OCDE. A maior parte dessas regras se destinam a situações muito particulares, cuja análise não possui importância prática neste trabalho.

Contudo, duas regras merecem ser mencionadas, ante a sua relevância: a) a regra de desempate (*tie-break*) para determinar a residência para fins de aplicação do tratado para pessoas com dupla residência que não sejam pessoas físicas; b) regra antiabuso para estabelecimentos permanentes situados em terceiros Estados.

---

<sup>151</sup> OCDE. **Draft contents of the 2017 update to the OECD Model Tax Convention**. Paris: OECD Publishing, 2017, p. 10. Tradução livre. Original: “*Convention between (State A) and (State B) for the elimination of double taxation with respect to taxes on income and on capital and the prevention of tax evasion and avoidance. (...) PREAMBLE TO THE CONVENTION - (State A) and (State B), Desiring to further develop their economic relationship and to enhance their co-operation in tax matters, Intending to conclude a Convention for the elimination of double taxation with respect to taxes on income and on capital without creating opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax evasion or avoidance (including through treaty-shopping arrangements aimed at obtaining reliefs provided in this Convention for the indirect benefit of residents of third States), Have agreed as follows*”.

A “regra de desempate” se destina às situações em que existe dúvida a respeito da residência fiscal de determinada pessoa (exceto pessoa física) para fins de aplicação do tratado, uma vez que a pessoa se mostra residente de ambos os estados. A regra presente no parágrafo 3 do artigo 4 da Convenção Modelo de 2008 estabelecia que o local de residência fiscal, nesses casos, era o local da “efetiva direção” (*effective management*). A nova regra, por outro lado, determina uma análise caso a caso, prescrevendo que as autoridades tributárias dos Estados Acordantes deverão entrar em acordo mútuo a respeito da residência fiscal de determinada pessoa, à luz dos fatos relevantes.<sup>152</sup>

Já a regra antiabuso destinada a estabelecimentos permanentes situados em terceiros Estados propõe-se a combater os chamados “casos triangulares” (*triangular cases*), em que ocorre a transferência de determinado benefício para estabelecimentos permanentes situados em países com regime tributário favorecido em relação a esses benefícios.<sup>153</sup> A regra será incorporada na Convenção Modelo como o parágrafo 8 do artigo 29, e se apresenta como uma norma antielisiva específica, com critérios objetivos.

Até o momento, a nossa análise se vinculou àquelas situações em que a pessoa tenta evitar as limitações fornecidas pelo próprio tratado. O ponto “ii” da Seção A, em contraste, se destina às situações em que a pessoa tenta evitar a incidência de normas da legislação interna por meio de benefícios oferecidos por tratados, o que pode ocorrer em muitas situações, como em transações que se utilizam de descompassos na legislação interna e transações que abusam dos mecanismos para evitar a dupla tributação.

Muitas dessas situações serão tratadas em outras ações do Projeto BEPS. O principal impacto do ponto “ii” é a inclusão dos artigos 7 a 26.8 dos Comentários à Convenção Modelo, que expõem os posicionamentos da OCDE a respeito do uso impróprio (*improper*)<sup>154</sup> da convenção.<sup>155</sup> Nesse contexto, as regras internas antiabuso e os entendimentos jurisprudenciais a esse respeito passam a adquirir especial relevância como mecanismo de combate a tal “uso impróprio”. Também foram incluídos

---

<sup>152</sup> OCDE, **Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances - BEPS Action 6 - 2015 Final Report**. Paris: OECD Publishing, 2015, p.73.

<sup>153</sup> *Ibid.*, p. 75-76.

<sup>154</sup> Pode-se perceber, novamente, que a OCDE usa as expressões “uso abusivo” e “uso impróprio” de maneira indistinta.

<sup>155</sup> OCDE, *op. cit.*, p. 80.

dispositivos com a finalidade de esclarecer possíveis incompatibilidades entre as regras antiabuso de tratados e as previstas na legislação interna.<sup>156</sup>

Outras alterações de especial relevo serão incorporadas no artigo 1, 23-A e 23-B da Convenção Modelo. Ao artigo 1 será incorporado um parágrafo dispondo que a convenção não afeta o direito dos Estados Acordantes de tributar seu residente, exceto em relação aos benefícios previstos no tratado.<sup>157</sup> Os artigos 23-A e 23-B serão ligeiramente alterados, de modo a definir com clareza que os métodos de eliminação de dupla tributação somente são empregados quando a renda em questão é tributada no outro Estado.<sup>158</sup>

### **2.3.2. Seção B: Esclarecimentos sobre o objetivo dos tratados**

A Seção B do relatório apresenta as recomendações referentes à necessidade de se esclarecer que os tratados contra dupla tributação não se prestam a gerar dupla não-tributação. Nesse ponto, a OCDE propõe uma reformulação do título e preâmbulo da Convenção Modelo, de modo a especificar, com clareza, que a intenção das partes acordantes é no sentido de eliminar a dupla tributação sem oportunizar a evasão e elisão fiscal, especialmente por meio de *treaty shopping*.<sup>159</sup> As modificações textuais na Convenção Modelo decorrentes dessa proposta foram abordadas no tópico anterior (*supra*, 2.3.1.3).

Segundo a OCDE, essa medida seria capaz de fornecer uma orientação interpretativa mais sólida no sentido de que os tratados contra dupla tributação visam a coibir – e não a fomentar – a evasão e elisão fiscal. É que, segundo o parágrafo 1 do artigo 31 da Convenção de Viena, os tratados deverão ser interpretados “em seu contexto” e “à luz de seu objetivo e finalidade”. Assim, essas alterações permitirão que os tratados contra dupla tributação sejam interpretados, no que for cabível, sob essa nova ótica.<sup>160</sup>

### **2.3.3. Seção C: Questões de política fiscal**

A Seção C do relatório é destinada a identificar as questões de política fiscal que os países deveriam levar em conta antes de firmar um tratado contra dupla tributação com

---

<sup>156</sup> OCDE, **Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances - BEPS Action 6 - 2015 Final Report**. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 81-86.

<sup>157</sup> *Ibid.*, p. 86.

<sup>158</sup> *Ibid.*, p. 88.

<sup>159</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>160</sup> *Ibid.*, p. 92.

outro país. Argumenta-se que uma clara articulação, no cenário internacional, dessas considerações de caráter político permitiria que os países justificassem com maior facilidade suas decisões de não firmar tratados com países de carga tributária baixa ou inexistente. No entanto, a OCDE reconhece que há uma série de fatores não tributários envolvidos na celebração de um tratado contra dupla tributação, e, em última instância, cada Estado é soberano para tomar suas decisões.<sup>161</sup>

Nesse contexto, foram acrescentados os parágrafos 15.1 a 15.6 na Introdução à Convenção Modelo, com orientações a serem consideradas pelos Estados antes da celebração de um tratado contra dupla tributação. Se o Estado com o qual se deseja celebrar um tratado contra a dupla tributação possui carga tributária baixa ou não tributa a renda, por exemplo, deve-se considerar se existe, efetivamente, risco de dupla tributação que justifique a celebração de um tratado com este Estado. Outra importante consideração é verificar se o Estado está disposto a implantar as disposições convencionais a respeito de assistência mútua (como a troca de informações tributárias).<sup>162</sup> Nesse caso, seria desnecessário celebrar um tratado contra a dupla tributação se o objetivo principal é o de cooperação em matéria de informações tributárias, já que existem mecanismos próprios para isso, como a Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária da OCDE.

Também foi acrescentado, nos Comentários à Convenção Modelo, dispositivo acerca de “regimes tributários especiais” (*special tax regimes*), como sugestão de acréscimo ao artigo 3 da Convenção Modelo, que cuida das definições gerais de termos utilizados nos tratados. A intenção é evitar a concessão de benefícios a contribuintes situados em regimes fiscais considerados “favoráveis”; entretanto, a inclusão de tal dispositivo é de caráter facultativo.

Nesse aspecto, é clara a mensagem da OCDE quer deixar aos Estados: é preciso pensar duas vezes antes de celebrar um tratado com um Estado que não tributa a renda, a tributa com baixa carga tributária ou possui um regime tributário favorecido.<sup>163</sup> Caso ainda assim haja razões relevantes para fazê-lo (como, por exemplo, a atração de

---

<sup>161</sup> OCDE, **Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances - BEPS Action 6 - 2015 Final Report**. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 94.

<sup>162</sup> *Ibid.*, p. 95.

<sup>163</sup> DE BROE, Luc; LUTS, Joris. BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse. **Intertax**, v. 43, n. 2, 2015, p. 145.

investimentos), é necessário incluir disposições convencionais no sentido de não permitir a dupla não tributação.<sup>164</sup>

---

<sup>164</sup> DE BROE, Luc; LUTS, Joris. BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse. **Intertax**, v. 43, n. 2, 2015, p. 145.

### Capítulo 3

#### Perspectivas de aplicação da Ação 6 do Projeto BEPS ao Brasil

##### 3.1. Uma reflexão a partir do Sistema Tributário Nacional

Geraldo Ataliba, analisando o esquema constitucional do Sistema Tributário Nacional do ponto de vista histórico e do direito comparado, afirmava que “só o sistema brasileiro oferece um quadro sistemático de disciplina da matéria tributária dotado de rigidez em tão alto grau”<sup>165</sup>, a ponto de o autor identificar, como princípio constitucional tributário implícito, o princípio da “rigidez do sistema tributário”.<sup>166</sup> Embora tal comentário se direcionasse à Constituição de 1946, então vigente, sua observação ainda é pertinente.

A Constituição Federal de 1988 dedica um capítulo inteiro (capítulo I do título VI) ao Sistema Tributário Nacional, apresentando os princípios constitucionais tributários, distribuindo a competência tributária entre os entes federativos, definindo as espécies de tributos e regras a eles relativas, etc. Nosso sistema tributário, assim como em constituições anteriores, permanece rígido, já que as suas características essenciais – princípios e garantias, repartição de competência tributária, espécies de tributos e regras gerais – encontram-se em patamar constitucional.

É particular, também, a densa carga axiológica da Constituição de 1988 no que tange à matéria tributária: para além das essenciais garantias do princípio da legalidade (art. 150, I) e anterioridade (art. 150, III) e de outros princípios diretamente relacionados ao Direito Tributário, como a tipicidade (arts. 145, § 2º e 154, I), a Constituição oferta uma série de outras garantias ao contribuinte, como a proteção à livre iniciativa (art. 170, *caput*) e a isonomia (art. 150, II).

Por outro lado, a Constituição de 1988 apresenta princípios direcionados à concretização das finalidades do Estado, como a solidariedade (art. 3º, I) e dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Ou seja, ao mesmo tempo em que a Constituição apresenta garantias aos contribuintes, afirma-se a necessidade do Estado de arrecadar recursos,

---

<sup>165</sup> ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional tributário brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 22.

<sup>166</sup> *Ibid.*, p. 22-23; 38-39.

construir uma sociedade justa e solidária, concretizar direitos sociais e erradicar desigualdades.

Há, portanto, uma tensão entre os princípios concernentes à tributação – as garantias dos contribuintes, por um lado, e a necessidade arrecadatória do Estado, por outro lado –, fenômeno identificado por Humberto Ávila como “ambivalência principiológica”.<sup>167</sup> Essa tensão se reverbera nas reflexões doutrinárias, resultando em correntes interpretativas divergentes sobre a prevalência entre um ou outro conjunto de princípios na Constituição de 1988.

O autor propõe, como solução interpretativa, a busca da coerência sistemática das normas constitucionais, isto é, investigar para qual direção há uma maior “aglutinação” de princípios constitucionais.<sup>168</sup> E, nesse contexto, a Constituição apontaria claramente para a preponderância axiológica, no âmbito tributário, dos princípios direcionados aos contribuintes e ao controle do poder estatal, não só pela relevância atribuída a esses princípios, mas porque o texto constitucional, ao atribuir o poder de tributar ao Estado, o faz por meio de regras bastante rígidas.<sup>169</sup>

Tal preponderância axiológica, evidentemente, repercute na interpretação da legislação tributária brasileira como um todo. É sob o prisma das garantias do contribuinte em face do Estado que o Código Tributário Nacional, os tratados de matéria tributária e os atos infralegais devem ser interpretados. Como defende Heleno Tôrres, o traçado constitucional do Sistema Tributário Nacional determina a efetividade plena dos princípios e garantias estabelecidos para a proteção dos direitos fundamentais, cujo propósito maior é conferir segurança jurídica aos contribuintes em face do poder de tributar do Estado.<sup>170</sup>

Essa reflexão mostra-se essencial para a interpretação das propostas da Ação 6 do Projeto BEPS, que em sua maior parte consistem em alterações de dispositivos da Convenção Modelo da OCDE, frequentemente utilizada pelo Brasil em seus tratados contra dupla tributação. No Brasil, o combate ao uso abusivo de tratados contra a dupla

---

<sup>167</sup> ÁVILA, Humberto. Planejamento tributário. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, v. 98, 2006, p. 81.

<sup>168</sup> *Ibid.*

<sup>169</sup> *Ibid.*, p. 82.

<sup>170</sup> TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Tributário e segurança jurídica: método da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 338.

tributação deve ser orientado pela ordem constitucional vigente, em especial à luz do princípio da segurança jurídica.

### 3.1.1. Elisão fiscal

Não é possível abordar a questão do uso abusivo de tratados no contexto brasileiro sem antes adentrar na discussão a respeito da licitude (ou não) do planejamento tributário (elisão fiscal). Discussão, aliás, mais complexa, uma vez que o termo costuma ser acompanhado de expressões das mais díspares: “elusão”, “evasão”, “abuso de direito” e “fraude à lei”, para mencionar apenas algumas.<sup>171</sup> Necessário, portanto, definir os limites do planejamento tributário e sua relação com o uso abusivo de tratados.

A concepção mais clássica a respeito do planejamento tributário parte do princípio da legalidade tributária: já que o Estado só pode tributar os contribuintes em relação às situações previstas em lei, o contribuinte teria direito, por consequência, de organizar livremente seus negócios nas situações não previstas em lei, ainda que para afastar a tributação.<sup>172</sup> O contribuinte teria, assim, direito de “planejar” a forma de conduzir as suas atividades da maneira mais eficiente do ponto de vista econômico.

Desse modo, o planejamento tributário, nessa concepção mais tradicional, estaria vinculado ao fenômeno da “elisão”, ou seja, à prática de determinados atos, por parte do contribuinte, dentro de sua esfera de liberdade concedida pelo princípio da tipicidade da tributação, cujo efeito consiste na aplicação de regime tributário menos oneroso.<sup>173</sup> Nesse sentido, elisão é um conceito que se refere às situações não compreendidas no “catálogo legal das situações tributárias existentes” e pertencentes, portanto, a uma zona pertencente ao particular, na qual o Estado não deve ingressar.<sup>174</sup>

A tributação, orientada pelo princípio da tipicidade, não poderia alcançar os atos praticados pelo contribuinte e não previstos em lei como fatos geradores de tributos. É nesse sentido que Heleno Tôrres conceitua o planejamento tributário como “a técnica de

---

<sup>171</sup> ÁVILA, Humberto. Planejamento tributário. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 98, 2006, p. 76.

<sup>172</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. O desafio do planejamento tributário. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (org.). **Planejamento tributário e “propósito negocial”: mapeamento de decisões do Conselho de Contribuintes de 2002 a 2008**. São Paulo, Quartier Latin, 2010, p. 14-15.

<sup>173</sup> XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 273.

<sup>174</sup> MALERBI, Diva Prestes Marcondes. **Elisão tributária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 71.



organização preventiva de negócios, visando a uma legítima economia de tributos”.<sup>175</sup> Nessa análise, para efeitos de tributação, se o contribuinte praticar seus atos dentro da licitude e fora das hipóteses de incidência previstas em lei, a Administração Tributária não poderá intervir, ainda que o contribuinte os pratique com a única intenção de economizar tributos.

Entretanto, outra corrente empreende uma leitura diferente do planejamento tributário à luz das normas constitucionais vigentes. Essa corrente propõe que o princípio da capacidade contributiva possui “eficácia positiva” e que, tendo como pressupostos o princípio da igualdade, solidariedade, dignidade da pessoa humana e o dever fundamental de pagar impostos, o planejamento tributário “abusivo” merece ser combatido pelo Estado.<sup>176</sup>

Nesse sentido também se posiciona Ricardo Lobo, defendendo uma diferenciação entre o planejamento tributário legítimo ou consistente (elisão lícita) e o planejamento tributário abusivo (elisão ilícita). Enquanto no primeiro caso, a economia de tributo é alcançada por meio de uma interpretação razoável da lei tributária, no segundo caso essa economia é “obtida pela prática de ato revestido de forma jurídica que não se subsume na descrição abstrata da lei ou no seu espírito”<sup>177</sup>

A elisão abusiva, para o autor, reveste-se de variadas configurações, como a fraude à lei, ausência de propósito mercantil, abuso de forma jurídica, dissimulação do fato gerador abstrato, etc., e pressupõe um “fingimento” em relação ao fato gerador abstrato definido na lei. O contribuinte, assim, faz com que a forma jurídica prevaleça sobre a “substância” tributária, isto é, a expressão de riqueza abstratamente tributável.<sup>178</sup>

Conforme o destacado no tópico anterior, ante a densa carga axiológica da Constituição de 1988 em matéria tributária, tal questão deve ser debatida a partir do texto constitucional e de suas inflexões. Desse modo, “a perspectiva dogmática correta para abordar os problemas subjacentes à chamada elisão fiscal é (...) a teoria dos limites às

---

<sup>175</sup> TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 37.

<sup>176</sup> GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento tributário**. São Paulo: Dialética, 2004, p. 172-217, *passim*.

<sup>177</sup> LOBO, Ricardo. **Planejamento tributário: elisão abusiva e evasão fiscal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 8.

<sup>178</sup> *Ibid.*, p. 130.

garantias, direitos e liberdades individuais elaborada pela ciência do Direito Constitucional”, como defendia Alberto Xavier.<sup>179</sup>

Uma análise dessa “ambivalência principiológica” demonstra uma clara prevalência dos princípios relacionados à proteção do contribuinte em face do Estado.<sup>180</sup> Mas a ordem constitucional não impede que o Estado, por outro lado, equilibrando os princípios da solidariedade, igualdade, capacidade contributiva, de um lado, e os princípios da legalidade e segurança jurídica, de outro lado, limite a atuação dos contribuintes.<sup>181</sup>

Ou seja: nada impede que o planejamento tributário seja combatido pelo Estado, desde que isso seja feito conforme o traçado da Constituição. A reação ao planejamento tributário considerado abusivo é limitado materialmente pelos princípios constitucionais, em especial o da legalidade e segurança jurídica. Em decorrência dessa limitação material e das normas de atribuição de competência presentes na Constituição, fica claro que essa reação ao planejamento tributário é de competência do legislador – e não, de maneira imediata, da Administração Tributária.<sup>182</sup>

Essa reação, enfatizamos novamente, é limitada materialmente pelos princípios constitucionais, sobretudo a segurança jurídica. Como bem sustenta Luís Flávio Neto em seu recente estudo, “a *norma tributária antiabuso* deve possibilitar ao contribuinte prever com clareza e certeza as consequências de seus atos e, de forma mais específica, o limite para a prática de *planejamentos tributários*”.<sup>183</sup> Esse seria o “ponto ótimo” da reação ao planejamento tributário abusivo, obtido pela efetiva e plena consciência do contribuinte quanto às consciências de seus atos, em harmonização da limitação ao princípio da livre iniciativa com o princípio da legalidade e segurança jurídica.<sup>184</sup>

Vale ressaltar, como sustentava Alberto Xavier, que a elisão fiscal internacional, tema do presente estudo, “não se coloca em termos diversos dos da elisão fiscal no âmbito interno”.<sup>185</sup> A diferença é que na elisão fiscal internacional o contribuinte influencia os

<sup>179</sup> XAVIER, Alberto. **Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisão**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 109.

<sup>180</sup> ÁVILA, Humberto. Planejamento tributário. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 98, 2006, p. 82.

<sup>181</sup> NETO, Luís Flávio. **Teorias do “abuso” no planejamento tributário**. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 96.

<sup>182</sup> *Ibid.*, p. 97.

<sup>183</sup> *Ibid.*, p. 98. Grifos no original.

<sup>184</sup> *Ibid.*, p. 98-99.

<sup>185</sup> XAVIER Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 273.

elementos de conexão (*supra*, 1.2.3), de modo a “arrastar” a aplicação de um regime tributário mais favorável, seja de direito interno estrangeiro ou decorrente de tratados internacionais.<sup>186</sup>

### 3.1.2. Evasão fiscal

A evasão fiscal, do mesmo modo que a elisão fiscal, corresponde aos atos praticados pelo contribuinte com a intenção de diminuir seu ônus tributário. Contudo, enquanto na elisão fiscal o contribuinte age dentro da esfera de liberdade concedida pelo princípio da tipicidade, na evasão fiscal os atos praticados pelo contribuinte são expressamente proibidos pelo ordenamento jurídico.<sup>187</sup>

A discussão em torno da evasão fiscal é menos polêmica: a despeito de algumas divergências pontuais, a doutrina compreende que o fenômeno da evasão fiscal se situa no campo da ilicitude, sendo dever da Administração Tributária aplicar as sanções previstas no ordenamento jurídico.<sup>188</sup> Em boa parte, isso se deve ao fato de que o Código Tributário Nacional, em seu art. 149, VII, estabelece que o lançamento será efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa quando se comprove que o sujeito passivo ou terceiro em seu benefício agiu como dolo, fraude ou simulação.

Não interessa ao presente capítulo a análise de tais figuras. Importa perceber que existe uma nítida fronteira entre a elisão (lícita) e a evasão fiscal (ilícita), situando-se as divergências mais acentuadas no campo de delimitação dos limites da elisão fiscal, o que abordamos no tópico anterior. E, nesse contexto, partilhamos novamente das opiniões de Luís Flávio Neto, para quem “(...) no Brasil, o *hidrômetro da intolerância* aos *planejamentos tributários abusivos* tem como fator de calibração decisivo a *lei* positivada, fruto de decisão competente do legislador”,<sup>189</sup> o que afasta a aplicação de conceitos estrangeiros (como “abuso de direito”, “fraude à lei”, “abuso de formas”, etc.) na reação ao planejamento tributário abusivo.<sup>190</sup>

---

<sup>186</sup> XAVIER Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 272-273.

<sup>187</sup> NETO, Luís Flávio. **Teorias do “abuso” no planejamento tributário**. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 53; XAVIER, *op. cit.*, p. 271.

<sup>188</sup> NETO, *op. cit.*, p. 54.

<sup>189</sup> *Ibid.*, p. 248. Grifos no original.

<sup>190</sup> *Ibid.*

### 3.2. Normas antielisivas

Acabamos de expor que os limites constitucionais materiais da reação estatal ao planejamento tributário são os princípios de proteção do contribuinte em face do Estado, em especial o da segurança jurídica. Por outro lado, o limite constitucional formal é a edição de lei complementar para a regulamentação de tal matéria, uma vez que, como dispõe o art. 146, II, da Constituição Federal, cabe à lei complementar “estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária”.

Outra dimensão do debate estudado no tópico anterior é a respeito dos limites e alcances das normas antielisivas, isto é, as normas que visam ao combate da elisão fiscal, à luz do Sistema Tributário Nacional, em especial da Constituição Federal. Nesse contexto, caberia indagar: quais seriam os contornos ideais de uma norma antielisiva, de acordo com a ordem constitucional vigente?

Para a corrente doutrinária que interpreta que o princípio da capacidade possui “eficácia positiva”, a partir da ideia do “dever fundamental de pagar tributos”, do princípio da solidariedade social e da aplicação da teoria do abuso de direito (art. 187 do Código Civil) no Direito Tributário, sequer seria necessária a presença de norma antielisiva específica para o combate à elisão fiscal. Tais princípios constitucionais serviriam, *per se*, como fundamento para a Administração Tributária poder reagir aos planejamentos tributários considerados abusivos.<sup>191</sup>

Outra parte da doutrina, contudo, defende que apenas a reação ao planejamento tributário somente pode ocorrer por meio de norma antielisiva, geral ou específica. Aqui, a diferença é mais intuitiva: enquanto a norma antielisiva específica incluiria na hipótese de incidência tributária aquelas situações consideradas “abusivas”, descrevendo-as, a norma antielisiva geral oferece um parâmetro a partir do qual a Administração Tributária poderá decidir se determinada elisão fiscal é ou não lícita. Ainda seria possível traçar um ponto intermediário entre a norma geral e específica: a cláusula setorial, responsável pela referência genérica e indeterminada a situações referentes a determinada espécie de tributo.<sup>192</sup>

---

<sup>191</sup> GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento tributário**. São Paulo: Dialética, 2004, p. 200-312, *passim*.

<sup>192</sup> XAVIER, Alberto. **Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisão**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 85-86.

Como nos afastamos da corrente doutrinária que defende a eficácia positiva da capacidade contributiva, entendemos que o combate à elisão fiscal somente pode ser empreendido pelo Estado – aqui, especificamente, pela Administração Tributária – com a edição de norma antielisiva, que se limita, formalmente, pela necessidade de edição de lei complementar, e materialmente, pelos princípios constitucionais de proteção do contribuinte em face do Estado. Ademais, vale ressaltar que os tratados firmados pelo Brasil se submetem à Constituição Federal (*supra*, 1.2).

Em nossa visão – e tal conclusão é extrema importância para a análise da Ação 6 do Projeto BEPS –, o combate à elisão fiscal pelo Estado só atende aos limites constitucionais materiais quando se dá por meio de norma antielisiva específica. Somente a norma antielisiva específica, discriminando as situações do mundo fático consideradas como “abusivas” e incluindo-as na hipótese de incidência do tributo, é que garante a segurança jurídica assegurada pela Constituição Federal.

Esse entendimento é compartilhado por autores como Victor Uckmar, Jacques Malherbe e Alberto Xavier, para quem a adoção de norma antielisiva geral representa uma ameaça à segurança jurídica, na medida em que: a) uma norma geral pode induzir a Administração Tributária a considerar como abusivas todos os atos praticados pelo contribuinte que impliquem economia de tributo; b) tal norma, em sua essência, é vaga, conduzindo a uma situação de insegurança jurídica a respeito dos possíveis impactos fiscais das decisões do contribuinte; c) aumento da burocratização, vez que o contribuinte teria de consultar com frequência a Administração Tributária a respeito de seus atos.<sup>193</sup>

### 3.2.1. O parágrafo único do art. 116 do CTN

No último tópico, respondemos à pergunta acerca dos contornos ideais de uma norma antielisiva de acordo com a ordem constitucional vigente. No entanto, não se pode tratar do assunto sem mencionar a discussão a respeito da existência (ou não) de norma antielisiva geral em vigência no Sistema Tributário Nacional. Essa discussão se arrasta desde 2001, quando a Lei Complementar nº 104/01, alterando o Código Tributário Nacional, introduziu o parágrafo único ao seu art. 116. Eis o dispositivo:

“Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação

<sup>193</sup> NETO, Luís Flávio. **Teorias do “abuso” no planejamento tributário**. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 50-51.

tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.”

Ricardo Lobo argumenta que a inclusão desse dispositivo, ocorrida um ano antes da sanção do (então novo) Código Civil de 2002, representa um momento de “renovação do direito brasileiro, com a superação de posições positivistas formalistas”, em que a noção de abuso de direito, interpretada sob uma perspectiva ética da unidade do direito, serve como elemento de combate ao formalismo no âmbito tributário.<sup>194</sup> Assim, o parágrafo único do art. 116 do CTN seria uma norma [geral] antielisiva destinada “à desconsideração ou requalificação do fato gerador concreto, isto é, do ato ou fato praticado com a dissimulação da *mens legis* e do fato gerador abstrato”.<sup>195</sup>

O autor interpreta a “dissimulação” constante no parágrafo único do art. 116 do CTN como a “dissimulação do fato gerador abstrato” (ou seja, da hipótese de incidência). Não se trata de “simulação”, mas interpretação abusiva do texto da lei tributária. O fato gerador não é simulado, mas verdadeiro; o que ocorre é a “dissimulação da verdadeira compreensão do fato gerador abstrato”. Ainda, para o autor, a parte final do dispositivo (“observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”) seria mera regra procedimental, de modo que este possuiria incidência imediata. Haveria, portanto, regra antielisiva geral e vigente no Sistema Tributário Nacional.<sup>196</sup>

Contudo, entendemos que esses argumentos não se sustentam. Nesse ponto, nos aproximamos do entendimento de Paulo Ayres Barreto, que identifica os seguintes óbices a essa interpretação do parágrafo único do art. 116 do CTN: a) a incompatibilidade entre tal norma e as garantias do contribuinte em face do Estado asseguradas pela Constituição; b) a imposição, por parte do Sistema Tributário Nacional, de certo “formalismo” no que diz respeito à formulação de regras tributárias, de forma a prestigiar a segurança jurídica; c) ineficácia da norma por conta da ausência de edição de lei ordinária regulamentando o procedimento de desconsideração dos atos praticados pelo contribuinte.<sup>197</sup>

Desse modo, em conclusão semelhante à do tópico anterior, o autor sustenta que “[é] por intermédio de alterações legislativas específicas que se coíbe eficazmente a

<sup>194</sup> LOBO, Ricardo. **Planejamento tributário: elisão abusiva e evasão fiscal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 20-25.

<sup>195</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>196</sup> *Ibid.*, p. 49-52, *passim*.

<sup>197</sup> BARRETO, Paulo Ayres. **Planejamento tributário: limites normativos**. São Paulo: Noeses, 2016, p. 188-226, *passim*.

evasão tributária. Inexistindo previsão normativa, abre-se espaço à elisão tributária que haverá de ser admitida, ainda que promova alguma injustiça fiscal”.<sup>198</sup> Em verdade, uma vez editada norma específica antielisiva, não se trataria exatamente de “evasão fiscal”, mas de inclusão de determinadas situações elisivas – consideradas como planejamento tributário abusivo – na hipótese de incidência tributária.

Entendemos, portanto, que o parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional não representa norma antielisiva válida, seja pela incompatibilidade (e mesmo inconstitucionalidade) de tal espécie de norma com o Sistema Tributário Nacional, seja pela ausência de regulamentação, por lei ordinária, do mencionado “processo de desconsideração” dos atos praticados pelo contribuinte.

### **3.2.2. Normas antielisivas nos tratados firmados pelo Brasil**

O Brasil, como vimos, segue a Convenção Modelo da OCDE na maior parte do aspecto textual de seus tratados contra a dupla tributação (*supra*, 1.2.4 e 1.4). Esse modelo passou a contar com normas antielisivas apenas muito recentemente, com a conclusão do Projeto BEPS. Contudo, alguns tratados assinados e ratificados pelo Brasil contêm normas antielisivas inspiradas na experiência estadunidense de adoção da cláusula LOB: são os firmados com Israel (2005), México (2006), África do Sul (2006), Peru (2009), Turquia (2013), Venezuela (2014), Trinidad e Tobago (2014) e Rússia (2017).

A sua diversidade demonstra que a adoção dessas normas antielisivas não ocorreu de forma coerente ou estruturada, de modo que, para facilitar a didática, vamos abordá-las de acordo com o seu conteúdo. O Anexo A deste trabalho contém uma tabela-resumo confrontando os tratados contra dupla tributação firmados pelo Brasil que contam com normas antielisivas e os dispositivos constantes nesses tratados.

A primeira norma antielisiva adotada pelo Brasil em tratados contra dupla tributação consta no parágrafo 1 do artigo 25 do Acordo Brasil-Israel. Segundo o dispositivo, uma entidade legal, para fazer jus aos benefícios do tratado, deve possuir 50% de sua participação beneficiária ou ações detidas, direta ou indiretamente, por residentes de um dos Estados Contratantes. Caso não atenda a esse requisito, a entidade poderá obter os benefícios se desenvolver “atividade empresarial substancial” em um dos Estados Acordantes. Esta norma também está prevista no parágrafo 2 do artigo 28 do Acordo

---

<sup>198</sup> BARRETO, Paulo Ayres. **Planejamento tributário: limites normativos**. São Paulo: Noeses, 2016, p. 234.

Brasil-África do Sul, no parágrafo 2 do artigo 27 do Acordo Brasil-Peru, no parágrafo 3 do artigo 28 do Acordo Brasil-Venezuela e no parágrafo 3 do artigo 28 do Acordo Brasil-Rússia.

Costuma-se adotar, em adição à norma anterior, uma norma antielisiva geral que permite que as autoridades administrativas dos Estados Acordantes neguem os benefícios previstos no tratado a qualquer pessoa, com relação a qualquer transação, se, na sua opinião, a concessão de tais benefícios constitua um abuso da Convenção, em conformidade com seus fins. Essa cláusula está prevista no parágrafo 2 do artigo 25 do Acordo Brasil-Israel, parágrafo 1 do artigo 28 do Acordo Brasil-México, parágrafo 1 do artigo 28 do Acordo Brasil-Venezuela, no artigo 28 do Acordo Brasil-Turquia e no parágrafo 1 do Acordo Brasil-Rússia.

Outro dispositivo frequentemente adotado é uma cláusula que permite que os Estados Acordantes tributem os rendimentos de determinadas entidades (por exemplo, sede de uma empresa que exerce sua atividade empresarial principal em um terceiro Estado) quando um dos Estados Acordantes adotar uma legislação segundo a qual os rendimentos provenientes do exterior dessa sociedade não serão tributados ou serão tributados nesse Estado em alíquota significativamente inferior à alíquota aplicada aos rendimentos no próprio estado. Essa cláusula se encontra no parágrafo 1 do artigo 28 do Acordo Brasil-África do Sul, parágrafo 1 do artigo 27 do Acordo Brasil-Peru, parágrafo 1 do artigo 28 do Acordo Brasil-Venezuela, e no parágrafo 2 do Acordo Brasil-Rússia.

A cláusula LOB mais distinta e mais detalhada é aquela adotada no artigo 28 do Acordo Brasil-México. Em seu parágrafo 2, estabelece que nenhuma disposição convencional será aplicada a determinados rendimentos dos residentes de um dos Estados Acordantes isentos de imposto ou tributados em alíquota menor. O parágrafo 3, por sua vez, dispõe que as disposições convencionais não impedem a aplicação, por qualquer um dos Estados Acordantes, de sua legislação interna relativa à capitalização insuficiente (subcapitalização ou *thin capitalization*), ao combate ao diferimento, às sociedades controladas estrangeiras (legislação CFC) ou similares. O parágrafo 4, no mesmo sentido, autoriza os Estados Acordantes a aplicarem a legislação interna referente ao combate à elisão, evasão e ao abuso da Convenção. O parágrafo 5 estabelece que, se uma pessoa estiver abrangida nas disposições dos parágrafos 1 a 3 do artigo 28, ela ainda poderá ter direito aos benefícios previstos no tratado se conseguir comprovar às autoridades que os rendimentos estão em conformidade com a Convenção.



Distinta, também, é a cláusula contida no artigo 28 do Acordo Brasil-Trinidad e Tobago, que afasta a aplicação da Convenção a “companhias, ‘trust’ ou sociedade de pessoas” residentes em um dos Estados Acordantes e de propriedade efetiva ou controladas diretamente por uma ou mais pessoas não residentes desse Estado, se o imposto incidente sobre os rendimentos de tais pessoas for inferior ao imposto que seria exigido no Estado Acordante na hipótese em que todas as ações, participações ou quotas fossem de propriedade efetiva de residentes do Estado Acordante.

### **3.3. Perspectivas da Ação 6 do Projeto BEPS ao Brasil**

Tendo como pressuposto os argumentos desenvolvidos nos tópicos anteriores, passamos à análise das perspectivas de aplicação das medidas propostas pela Ação 6 do Projeto BEPS ao Brasil, à luz do Sistema Tributário Nacional, em especial dos princípios constitucionais da proteção do contribuinte em face do Estado, e das peculiaridades inerentes aos países em desenvolvimento.

#### **3.3.1. Qual é o preço do combate ao uso abusivo de tratados?**

Identificados pelo Projeto BEPS como um dos principais responsáveis pela erosão da base tributária dos Estados e pela transferência de lucros, o *treaty shopping* e o uso abusivo de tratados contra a dupla tributação situam-se dentro das hipóteses de planejamento tributário lícito, e, portanto, enquadram-se na figura da elisão fiscal. Mesmo sem aprofundar as discussões a respeito da “moralidade empresarial” relacionada ao planejamento tributário, chegamos à conclusão de que é possível que os Estados combatam tal fenômeno, limitando a liberdade do contribuinte.

No Brasil, em específico, isso deve ocorrer de forma compatível com o Sistema Tributário Nacional e as garantias constitucionais do contribuinte em face do Estado. Em decorrência, defendemos que somente a adoção de normas antielisivas objetivas é compatível com a ordem constitucional vigente, inclusive no que diz respeito a normas inseridas em tratados contra dupla tributação, vez que estes também se submetem à Constituição Federal.

Sob esse prisma, percebe-se que a Ação 6 do Projeto BEPS, no que diz respeito à adoção de normas antiabuso – que são, no contexto do BEPS, normas antielisivas – contém propostas questionáveis tanto do ponto de vista da segurança jurídica quanto de

sua própria efetividade no combate ao uso abusivo de tratados contra dupla tributação, especialmente às nações em desenvolvimento.

Nesse ponto, a proposta de inclusão da cláusula LOB, inspirada na experiência estadunidense, mostra-se como a medida mais adequada de combate ao uso abusivo de tratados contra a dupla tributação, já que oferece critérios objetivos para definir as situações consideradas abusivas. Isso permite que os contribuintes saibam, de antemão, quais atos – como uma determinada estruturação negocial, por exemplo – poderão ou não ser praticados e o regime tributário a eles aplicável.

Quanto maior a objetividade dos critérios de uma norma antielisiva, menor é o campo de atuação discricionária da Administração Tributária. No âmbito da legislação interna, a norma antielisiva objetiva transfere o poder interpretativo sobre as situações tributáveis ou não tributáveis para o Poder Legislativo, responsável pela redação da norma e pela escolha das situações por ela abrangidas, o que é certamente mais compatível com o ideal do Estado Democrático de Direito. No âmbito internacional, permite que os Estados ofereçam segurança jurídica aos contribuintes envolvidos em operações transnacionais, sem a qual não é possível perseguir os objetivos subjacentes à celebração do tratado.

Segundo a regra PPT, o contribuinte não poderá obter um benefício previsto no tratado quando for razoável concluir que um dos principais propósitos de seus arranjos ou transações era a obtenção de tal benefício, a não ser que seja possível comprovar que a concessão do benefício estaria de acordo com o objetivo e finalidade das disposições relevantes do tratado. Essa norma pode ser analisada em dois planos: a) o seu campo de incidência (arranjos e transações cujo propósito principal seja a obtenção de benefícios do tratado); b) o seu campo de não incidência (arranjos e transações para os quais a concessão de benefícios do tratado estaria de acordo com o objetivo e finalidade do tratado).

No que diz respeito ao seu campo de incidência, essa regra permite que as Administrações Tributárias dos Estados Acordantes afastem a aplicação, de imediato, das disposições do tratado, mesmo se a sua legislação interna não contiver normas antielisivas. Entretanto, a redação altamente genérica da regra poderia torná-la ineficaz: pode-se argumentar, por exemplo, que qualquer estruturação de negócios internacional

que envolva a utilização de tratados contra a dupla tributação tem como um de seus propósitos principais a obtenção de benefícios do tratado.

A tributação é, sem dúvida, um dos custos negociais mais importantes e desempenha um importante papel na escolha das estruturas negociais de um empreendimento. Espera-se, portanto, que arranjos ou transações transnacionais se utilizem de tratados contra a dupla tributação justamente para obter os benefícios previstos nesses tratados – ou os tratados não teriam, no final das contas, nenhum propósito.<sup>199</sup>

Compreende-se melhor a intenção da norma quando consultamos os comentários elaborados pela OCDE. Segundo a organização, o dispositivo busca assegurar que os tratados contra a dupla tributação sejam aplicados de acordo com o propósito pelo qual eles foram firmados, que seria o de favorecer a troca de bens e serviços e a movimentação de capital e pessoas realizadas de boa-fé, em oposição a “arranjos cujo principal objetivo é assegurar um tratamento tributário mais favorecido”.<sup>200</sup> Transparece a ideia de que a regra PPT teria a intenção de combater “arranjos artificiais” com o objetivo de elidir a norma tributária, especialmente aqueles não abrangidos na cláusula LOB, especialmente os arranjos com empresas-canal.<sup>201</sup>

Contudo, em nenhum momento o dispositivo menciona que os arranjos e transações devem ser meramente “artificiais”, nem fala que o seu único objetivo seria o de elidir a norma tributária, buscando tratamento tributário mais favorecido: essas conclusões somente podem ser retiradas dos Comentários à Convenção Modelo, que poderiam servir, no máximo, como argumento a ser considerado na interpretação da regra PPT. Ademais, é preciso notar que os Comentários não possuem natureza vinculante, sobretudo aos países não-membros da OCDE, sendo, no máximo, elemento de caráter “técnico-opinativo”.<sup>202</sup>

Assim, considerando o campo de incidência da regra PPT, não é possível afirmar que a sua aplicação assegure um mínimo grau de objetividade no que diz respeito às situações abrangidas pela norma. Em verdade, um exame literal do dispositivo acaba por

---

<sup>199</sup> DE BROE, Luc; LUTS, Joris. BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse. *Intertax*, v. 43, n. 2, 2015, p. 132.

<sup>200</sup> OCDE. **Draft contents of the 2017 update to the OECD Model Tax Convention**. Paris: OECD Publishing, 2017, p. 234.

<sup>201</sup> *Ibid.*, p. 175.

<sup>202</sup> XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 156.

levar o intérprete à conclusão de que qualquer arranjo ou transação envolvendo o uso de tratados contra dupla tributação estariam no campo de incidência da norma, o que provavelmente induziria as Administrações Tributárias a negarem os benefícios convencionais em relação a qualquer operação envolvendo o tratado.

Nesse contexto, corre-se o risco de a regra PPT, designada para ser um complemento à cláusula LOB, acabar sendo a única norma antielisiva aplicada pelas Administrações Tributárias, por ser mais abrangente. Uma possível consequência é um possível “deslocamento interpretativo” dos critérios necessários à obtenção dos benefícios convencionais (antes de competência da cláusula LOB) à jurisprudência, judicial ou administrativa.

Essa é uma questão de extrema importância para o Brasil. Como sustenta Lang, “quanto mais vaga for uma regra, maior será o risco de que as cortes nacionais atinjam diferentes resultados em sua interpretação”.<sup>203</sup> A questão aqui não é negar o poder interpretativo que o Poder Judiciário possui a respeito das normas jurídicas. É transferir para ele (ou, ainda pior, para as instâncias administrativas), a definição a respeito de quais situações estão de acordo com as disposições previstas no tratado contra dupla tributação, o que é certamente uma ameaça aos princípios constitucionais de proteção do contribuinte em face do Estado, especialmente à segurança jurídica e a legalidade.

É nesses mesmos termos que deve se investigar a respeito do campo de não-incidência da regra PPT, isto é, as exceções que permitiriam a garantia dos benefícios convencionais, caberia verificar se os arranjos e transações estariam de acordo com o objetivo e finalidade do tratado. O que seriam, afinal, o objetivo e a finalidade um tratado contra a dupla tributação, ou de suas “disposições relevantes”?

A resposta mais óbvia (e tautológica) seria afirmar que o objetivo principal dos tratados contra a dupla tributação é o de combater a dupla tributação, como sugere o título da maior parte dos tratados: “convenção entre [Estado A] e [Estado B] para evitar a dupla tributação a respeito dos tributos sobre a renda e o capital”. Assim, se a concessão desse benefício for responsável por evitar a dupla tributação, já seria possível evitar a aplicação da regra PPT, ainda que ocorresse, incidentalmente, dupla não tributação – o que seria,

---

<sup>203</sup> LANG, Michael. BEPS Action 6: Introducing an antiabuse rule in tax treaties. **Tax Notes Internacional**, vol. 74, n. 7, 2014, p. 660. Tradução livre. Original: “*The vaguer a rule is, the greater the risk that national courts will reach different results in their interpretation*”.

evidentemente, um contrassenso à adoção dessa regra. Em tratados mais recentes, o combate à elisão e evasão fiscal também poderia ser invocado como um dos objetivos e finalidades dos tratados contra dupla tributação, desde que isso conste no título ou no preâmbulo.

É necessário admitir, se quisermos ser coerentes com essa abordagem, que apenas as disposições dos tratados possuem força vinculante entre as partes, de modo que, para apreender os seus objetivos e finalidades, seria necessário realizar uma análise caso a caso. Em princípio, não seria possível afirmar que um tratado firmado para evitar a dupla tributação teria como um de seus objetivos coibir a elisão fiscal, se não existe nenhuma disposição textual nesse sentido. É por essa razão que recomendações no sentido da alteração do título e do preâmbulo dos tratados estão entre as medidas propostas pela Ação 6 do Projeto BEPS, como já vimos.

Voltaremos a abordar essa questão no tópico seguinte (3.3.2), mas é importante perceber que os objetivos e finalidades subjacentes à celebração de um tratado contra dupla tributação pelos Estados são os mais variados possíveis, sobretudo quando as partes acordantes se encontram em estágios distintos de desenvolvimento econômico.<sup>204</sup> Além disso, via de regra os objetivos e finalidades dos Estados em firmarem um tratado contra dupla tributação não são incorporados no texto do tratado, o que oferece um alto grau de subjetividade a esse dispositivo.

De maneira distinta, alguns estudiosos respeitados, como Klaus Vogel, defendem a presença de um “princípio geral do direito” reconhecido pelas “nações civilizadas” (?) no sentido da proibição do abuso de direito, e, por consequência, do uso abusivo de tratados contra dupla tributação. Esse princípio poderia ser derivado de fontes do Direito Internacional, como a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça e o fato de que diversos Estados adotam, em suas legislações, normas antiabuso.<sup>205</sup> Segundo essa interpretação, seria possível afirmar que os tratados contra dupla tributação contêm, implicitamente, um princípio antiabuso que poderia servir de parâmetro interpretativo.

Tal abordagem, contudo, é bastante questionável. Os sistemas tributários nacionais, reflexos às necessidades e escolhas de cada sociedade, são bastante distintos

---

<sup>204</sup> BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. The prevention of tax treaty abuse in the BEPS Action 6: a brazilian perspective. *Intertax*, v. 43, n. 12, 2015, p. 828-829.

<sup>205</sup> *Ibid.*, p. 829-830.

entre si, e cada um deles lida com o abuso de direito à sua própria forma, com base em conceitos e contextos jurídicos particulares.<sup>206</sup> Assim, parece improvável a afirmação de que seria possível derivar, a partir de tão distintas formas de combate ao abuso de direito, um princípio geral antiabuso universalmente aceito.<sup>207</sup>

É inquietante, também, que a OCDE considere ser desnecessário haver “provas conclusivas” sobre os propósitos dos arranjos e transações – caso seja “razoável concluir” após uma análise objetiva dos fatos que os propósitos tinham como um de seus objetivos principais a obtenção dos benefícios convencionais, esse benefício deverá ser negado.<sup>208</sup> Ocorre, portanto, uma inversão completamente desproporcional do ônus probatório: enquanto a Administração Tributária sequer necessita de “prova conclusiva” para considerar uma operação desconforme, o contribuinte tem de se esforçar no sentido de comprovar que essa operação ocorreu de acordo com os objetivos e finalidades do tratado.<sup>209</sup>

Portanto, acreditamos que o Brasil não deverá adotar a regra PPT nos tratados contra a dupla tributação que vier a celebrar no futuro, por ser ela incompatível com o Sistema Tributário Nacional e os princípios constitucionais previstos na Constituição de 1988.<sup>210</sup> Um sistema tributário que considera a legalidade e a segurança jurídica como elementos centrais, elevados ao *status* de princípios constitucionais, não pode adotar uma regra antiabuso (ou uma regra antielisiva, em termos mais gerais) dotada de um alto grau de subjetividade.

---

<sup>206</sup> BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. The prevention of tax treaty abuse in the BEPS Action 6: a brazilian perspective. *Intertax*, v. 43, n. 12, 2015, p. 830. O estudo de Luís Flávio Neto oferece uma ótima perspectiva sobre a diversidade de conceitos empregados no combate ao “abuso” no planejamento tributário no contexto do Brasil, França, Alemanha, Espanha e Estados Unidos. Cf. NETO, Luís Flávio. **Teorias do “abuso” no planejamento tributário**. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

<sup>207</sup> BARRETO *et al.*, *op. cit.*, p. 830. Essa proposta de Vogel já era rechaçada por Luís Eduardo Schoueri em seu estudo pioneiro a respeito do *treaty shopping*, o qual, realizando uma análise comparativa, concluiu pela inexistência desse princípio geral antiabuso. Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. **Planejamento fiscal através de acordo de bitributação: treaty shopping**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 113-139. No mesmo sentido se manifestava Alberto Xavier: XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 420-423.

<sup>208</sup> OCDE. **Draft contents of the 2017 update to the OECD Model Tax Convention**. Paris: OECD Publishing, 2017, p. 235.

<sup>209</sup> BARRETO, *et al.*, *op. cit.*, p. 836.

<sup>210</sup> No mesmo sentido, BARRETO *et al.*, *op. cit.*, p. 836-838; VIEIRA, Carlos Renato; CARVALHO, Flavio. A Ação 6 do BEPS e a PPT Rule. In: GOMES, Marco Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (orgs.), **A Tributação Internacional na Era Pós-BEPS: Soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento**. Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

Do mesmo modo, nossa crítica se direciona às cláusulas gerais antiabuso constantes nos tratados contra a dupla tributação celebrados pelo Brasil (*cf.* Anexo A, normas nº 2 e 5), por também contarem com um alto grau de subjetividade. Como argumentava Xavier, essas cláusulas são inconstitucionais em face do ordenamento jurídico brasileiro, e, portanto, inválidas, na medida em que se admite a superioridade hierárquica da Constituição em relação aos tratados internacionais.<sup>211</sup>

Nesse ponto, é precisa a afirmação de Barreto e Takano, no sentido de que a linha divisória entre a elisão fiscal (planejamento fiscal legítimo) e a evasão fiscal (planejamento fiscal abusivo), longe de ser unânime, está relacionada a escolhas políticas de cada Estado.<sup>212</sup> Assim, o uso abusivo de tratados deve ser combatido por meio de regras que permitam que os contribuintes saibam, com clareza e previsibilidade, quais situações estão ou não de acordo com as disposições do tratado.

Do mesmo modo, o fenômeno da elisão fiscal, em nosso contexto, só pode ser combatido dentro dos parâmetros constitucionais. A única alternativa que se mostra compatível com essa abordagem é adoção de normas antielisivas específicas. No contexto do BEPS, reconhecemos, a princípio, haver conformidade entre a cláusula LOB e demais regras objetivas (por exemplo, *supra*, 2.3.1.4) e o Sistema Tributário Nacional, em uma análise voltada ao aspecto puramente jurídico da questão.

Em uma dimensão mais ampla, consideramos que a decisão de incorporar ou não uma norma antielisiva específica nos tratados contra a dupla tributação a serem celebrados pelo Brasil deve ter como ponto de partida uma avaliação cuidadosa que permita examinar se os benefícios advindos da adoção da norma ultrapassam os riscos de diminuição dos investimentos estrangeiros, em razão do estreitamento das hipóteses de planejamento tributário e do aumento dos custos de conformidade às normas tributárias.<sup>213</sup>

### 3.3.2. O alcance do preâmbulo e título dos tratados internacionais

Segundo a OCDE, as modificações no preâmbulo e título da Convenção da OCDE permitiriam esclarecer que os tratados contra a dupla tributação não se prestam a gerar dupla não-tributação. Segundo a OCDE, tal medida combateria, em especial, transações

<sup>211</sup> XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 423.

<sup>212</sup> BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. The prevention of tax treaty abuse in the BEPS Action 6: a brazilian perspective. **Intertax**, v. 43, n. 12, 2015, p. 829.

<sup>213</sup> *Ibid.*, p. 838.

que abusem dos métodos de eliminação da dupla tributação (artigos 23-A e 23-B da Convenção Modelo).<sup>214</sup> Um exemplo seria o caso de um contribuinte, residente de um Estado que utiliza o método da isenção para eliminar a dupla tributação, que auferir renda do exterior. O tratado aloca a competência tributária para o Estado da fonte (de onde advém a renda), mas este não a exerce, por uma razão qualquer. Tem-se, portanto, um caso de dupla não-tributação.<sup>215</sup>

No entanto, como reconhecem De Broe e Luts, é difícil afirmar que os objetivos dos artigos 6 a 22, responsáveis pela parte mais expressiva do conteúdo de um tratado que segue a Convenção Modelo da OCDE, bem como o artigo 23-A (método da isenção), têm como um de seus objetivos evitar ou eliminar a dupla não-tributação, já que inexistente qualquer menção à dupla não-tributação nesses artigos.<sup>216</sup> Qual seria a funcionalidade prática da alteração do título e do preâmbulo de um tratado contra a dupla tributação, “se, na ausência de quaisquer regras em sentido contrário, essa [Convenção] Modelo não inclui disposições para prevenir a dupla não-tributação?”<sup>217</sup>

A OCDE espera, com a implantação da medida, que as alterações sirvam como parâmetro interpretativo para a aplicação do tratado, nos termos do parágrafo 1 do artigo 31 da Convenção de Viena, segundo o qual o tratado deve ser interpretado de boa-fé, segundo o sentido ordinário dos seus termos em seu contexto, e à luz de seu objetivo e finalidade.<sup>218</sup> O parágrafo 2 do mesmo artigo estabelece, no mesmo sentido, que o preâmbulo dos tratados forma parte do “contexto” do tratado, devendo ser considerado em sua interpretação.<sup>219</sup>

Todavia, críticas severas são direcionadas a essa abordagem da OCDE. O título e o preâmbulo de um tratado são apenas um entre diversos elementos a serem considerados na interpretação do tratado – para alguns comentadores, aliás, eles são um elemento

<sup>214</sup> OCDE. **Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances - BEPS Action 6 - 2015 Final Report**. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 78.

<sup>215</sup> Adaptado de DE BROE, Luc; LUTS, Joris. BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse. **Intertax**, v. 43, n. 2, 2015, p. 142.

<sup>216</sup> DE BROE, Luc; LUTS, Joris. BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse. **Intertax**, v. 43, n. 2, 2015, p. 142-143.

<sup>217</sup> *Ibid.*, p. 143. Tradução livre. Original: “(...) if, absent any specific rules to the contrary, that Model does not include provisions preventing such double non-taxation?”.

<sup>218</sup> Assim é redigido o dispositivo: “Um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade”.

<sup>219</sup> “Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos (...)”.



secundário no contexto da aplicação do artigo 31 da Convenção de Viena.<sup>220</sup> Ademais, sua função primordial é a de esclarecer o “sentido ordinário” de termos do tratado nas situações em que esses termos podem ser interpretados de múltiplas formas, não de servir como principal parâmetro interpretativo do tratado.<sup>221</sup> No mesmo sentido, a jurisprudência de direito público internacional se consolidou no sentido de que uma interpretação de um tratado feita à luz de seu “objeto e finalidade” não pode passar por cima (*override*) de suas disposições substantivas claras.<sup>222</sup>

Assim, acreditamos que essa proposta tende a ser inócua do ponto de vista jurídico. A alteração do título e do preâmbulo dos tratados contra a dupla tributação, não acompanhada de alterações substanciais nos dispositivos responsáveis pela operacionalização do tratado, não constitui, por si só, um parâmetro confiável para a interpretação do tratado (pela sua subjetividade) e nem é juridicamente capaz de afastar a aplicação de suas regras (pela falta de eficácia jurídica).

### **3.3.3. Questões de política fiscal: uma análise em dois planos**

O último grupo de medidas da Ação 6 do Projeto BEPS consiste em recomendações referentes a questões de política fiscal, incorporadas no texto dos Comentários à Convenção Modelo da OCDE, que os Estados devem levar em consideração antes de celebrarem um tratado contra a dupla tributação. Alinhadas com as orientações gerais do Projeto BEPS no combate à erosão da base tributária e transferência de lucros por meio do acirramento da reação estatal à elisão e evasão fiscal, essas recomendações, como vimos, buscam evitar a celebração de tratados contra a dupla tributação com Estados de regime fiscal favorável.

Essa medida é criticada principalmente pela falta de força vinculante, na medida em que os Comentários à Convenção Modelo da OCDE, em especial para os países não vinculados à OCDE, possuem caráter, no máximo, opinativo.<sup>223</sup> Ademais, como reconhece a organização, a soberania estatal é intransponível – em última instância,

---

<sup>220</sup> DE BROE *et al.*, *op. cit.*, p. 144.

<sup>221</sup> *Ibid.*

<sup>222</sup> *Ibid.*

<sup>223</sup> BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. The prevention of tax treaty abuse in the BEPS Action 6: a brazilian perspective. *Intertax*, v. 43, n. 12, 2015, p. 837.

portanto, cada Estado realiza suas escolhas e decisões próprias a respeito da celebração ou não de um tratado contra dupla tributação.<sup>224</sup>

Contudo, essa medida desperta uma interessante reflexão a respeito das questões de política fiscal de interesse do Brasil e dos países em desenvolvimento, enriquecedora, inclusive, para as análises já realizadas neste trabalho. Trata-se na percepção de que a celebração de um tratado contra a dupla tributação envolve, necessariamente, duas perspectivas distintas, sobretudo quando os Estados Acordantes se encontram em diferentes estágios de desenvolvimento.

É importante reconhecer a existência de um desnível – e até de um certo conflito – subjacente à celebração de um tratado contra a dupla tributação entre um país desenvolvido e um país em desenvolvimento, refletido na diferença de interesses e expectativas a respeito do tratado. Um país em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, não pode acatar as recomendações da OCDE acerca das questões de política fiscal sem uma ponderação cuidadosa de suas vantagens e desvantagens.

Os Estados em desenvolvimento são, principalmente, importadores de capital, tendo, portanto, como principal elemento de conexão o princípio da fonte (conjugado, frequentemente, com o critério da residência), enquanto o principal elemento de conexão utilizados pelos Estados desenvolvidos, exportadores de capital, é o princípio da residência. Como ressalta Moura Borges, os Estados em desenvolvimento consideram – e com razão – que os Estados desenvolvidos estão em melhor condição para abdicar das receitas tributárias, recusando-se a firmar tratados contra a dupla tributação desprovidos de mecanismos que garantam o aumento do fluxo de investimentos em seu território.<sup>225</sup>

Os tratados contra a dupla tributação, sendo instrumentos bilaterais, possuem duas partes com distintas perspectivas a seu respeito. Quando países desenvolvidos firmam tratados contra a dupla tributação entre si, seu objetivo é o de eliminar barreiras tributárias ao fluxo econômico, que é recíproco, alcançando a neutralidade tributária em suas relações econômicas.<sup>226</sup> O mesmo não pode ser dito da relação entre países desenvolvidos

---

<sup>224</sup> OCDE, **Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances - BEPS Action 6 - 2015 Final Report**. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 94.

<sup>225</sup> BORGES, Antônio de Moura. **Convenções sobre dupla tributação internacional**. Teresina: EDUFPI, 1992, p. 148; BORGES, Antônio de Moura. Convenções sobre dupla tributação internacional entre estados desenvolvidos e estados em desenvolvimento. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 8, São Paulo, 1996, p. 34-37.

<sup>226</sup> BORGES, *id.*, 1992, p. 145.

e países em desenvolvimento, marcada pelo interesse destes em promover a entrada de tecnologia e capital necessários ao seu desenvolvimento econômico.<sup>227</sup>

Talvez não seja interessante para o Brasil, por exemplo, seguir a recomendação no sentido da não celebração de tratados contra a dupla tributação com países que possuem regime fiscal favorável, se isso ocasionar um acréscimo no fluxo de investimentos em nosso país. Pelo critério da fonte, a renda gerada a partir desses investimentos seria tributada no Brasil, de modo que as ocasionais perdas de receita tributária seriam, no máximo, do país que possui regime fiscal favorecido – e que, justamente por essa razão, já abre mão dessa receita.

Por essa razão, argumentamos que a análise de questões de política fiscal deve ser empreendida em dois planos, correspondentes às perspectivas das duas partes que vão celebrar o tratado contra a dupla tributação. E, nesse contexto, as recomendações da OCDE são, em sua essência, direcionadas à perspectiva dos países desenvolvidos, não atendendo, necessariamente, aos objetivos e expectativas que um país em desenvolvimento possui ao celebrar um tratado contra a dupla tributação.

---

<sup>227</sup> BORGES, Antônio de Moura. **Convenções sobre dupla tributação internacional**. Teresina: EDUFPI, 1992, p. 145.

### Considerações finais

A globalização, a economia digital e a crescente mobilidade do capital colocaram em xeque o atual paradigma do Direito Tributário Internacional, que dá claros sinais de esgotamento e incapacidade de lidar com essas questões. A concepção tradicional de tributação, vinculada à soberania estatal, e os pressupostos nos quais se ergueu o Direito Tributário Internacional, oferecem respostas adequadas a uma realidade de pouca integração, não sendo capazes de confrontar a atual configuração econômica internacional.

Este fenômeno impulsionou, de forma acentuada, o planejamento tributário internacional, que alcançou dimensões antes impensáveis: as multinacionais, explorando as falhas e discrepâncias das regras de Direito Tributário Internacional e dos sistemas tributários nacionais, conseguem reduzir consideravelmente – ou mesmo eliminar – seu ônus tributário. Como resultado, a erosão da base tributária dos Estados e a transferência de lucros para jurisdições de tratamento tributário mais favorável.

O advento do Projeto BEPS demonstra não só que o combate ao planejamento tributário “abusivo” é pauta prioritária entre os Estados, mas que estes agora reconhecem, também, o a obsolescência e os defeitos da configuração atual do sistema tributário internacional. Entretanto, as medidas propostas pela OCDE devem ser cuidadosamente analisadas pelo Brasil antes de sua implementação no direito interno. Há uma clara divergência entre os pressupostos jurídicos nos quais o Projeto BEPS se assenta e o ordenamento jurídico brasileiro, em especial os princípios do Sistema Tributário Internacional. É preciso, portanto, verificar a conformidade entre as medidas do Projeto BEPS e as particularidades do Brasil.

Nesse contexto, o presente trabalho analisou as perspectivas de aplicação da Ação 6 do Projeto BEPS – que trata do uso abusivo de tratados contra a dupla tributação – ao Brasil, do ponto de vista jurídico. Verificou-se, de início, que a OCDE não delimita de maneira satisfatória o conceito de “uso abusivo de tratados” (*treaty abuse*). Empreendemos uma aproximação do conceito a partir das discussões doutrinárias e das informações oferecidas pela OCDE ao longo do Projeto BEPS, identificando o fenômeno a partir das situações de *treaty shopping*, *rule shopping* e aquelas em que o contribuinte busca afastar a aplicação de uma norma ou jurisprudência antiabuso com base em um

dispositivo de tratado contra a dupla tributação. Explicamos, pela sua relevância nesse contexto, o conceito de *treaty shopping* e o histórico de combate ao fenômeno pela OCDE.

Em seguida, apresentamos as medidas de combate ao uso abusivo de tratados propostas pela OCDE na Ação 6 do Projeto BEPS: a) a inclusão, na Convenção Modelo da OCDE, de normas antiabuso – uma norma antielisiva específica (cláusula LOB), uma norma antielisiva geral (regra PPT) e algumas regras pontuais; b) a alteração do título e do preâmbulo da Convenção Modelo da OCDE; c) inclusão de orientações gerais de política fiscal nos Comentários à Convenção Modelo da OCDE.

Voltamo-nos, então, para uma reflexão a partir do Sistema Tributário Nacional, discutindo a “ambivalência principiológica” da Constituição Federal, que estabelece, por um lado, princípios de proteção do contribuinte em face do Estado no que diz respeito à tributação, e, por outro lado, a necessidade de arrecadação de recursos de modo a concretizar os objetivos do Estado. Verificamos que a Constituição aponta, em uma análise de sua coerência interna, para a prevalência dos princípios de proteção do contribuinte em face do Estado. Consideramos de especial importância os princípios da segurança jurídica, livre iniciativa, isonomia, legalidade e tipicidade.

Essa discussão está diretamente relacionada à questão da elisão e evasão fiscal. Concluimos pela licitude da elisão fiscal, sendo livre o espaço do contribuinte para reduzir, de maneira lícita, seu ônus fiscal. Contudo, o Estado poderá combater essa prática, desde que o faça à luz do Sistema Tributário Nacional, com um nível satisfatório de segurança jurídica e previsibilidade. Preferível, nesse sentido, a adoção de uma cláusula antielisiva objetiva ou que a situação considerada abusiva seja incluída na hipótese de incidência do tributo. Quanto à evasão fiscal, ressaltamos que a doutrina é praticamente consensual no sentido de sua ilicitude, devendo ser ativamente combatida pelo Estado.

Estabelecidos os pressupostos para a discussão, passamos a analisar as perspectivas de aplicação ao Brasil das medidas propostas pela OCDE. As medidas relativas à inclusão de normas antielisivas nos tratados contra a dupla tributação são as que demandam maior conformidade com o Sistema Tributário Nacional. Em relação a elas, afirmamos que o seu tratamento não se distingue daquele aplicável às normas antielisivas em geral, sendo necessário garantir objetividade, segurança jurídica e

previsibilidade. Assim, recomendamos a não adoção da regra PPT, pelo seu alto grau de subjetividade e ampla liberdade dada ao Fisco de desconstituir virtualmente qualquer negócio jurídico que envolva um tratado contra a dupla tributação. Quanto à cláusula LOB e demais regras objetivas, acreditamos que elas são, a princípio, compatíveis com o Sistema Tributário Nacional, mas que a decisão de incorporar ou não uma norma dessa natureza nos tratados contra a dupla tributação a serem celebrados pelo Brasil deve partir de um sopesamento cuidadoso entre os riscos de diminuição de investimentos e os benefícios advindos da adoção da norma.

Examinamos, no tópico seguinte, o alcance da interpretação dos tratados contra a dupla tributação, questionando a efetividade da proposta da OCDE de alterar o título e o preâmbulo da Convenção Modelo para servir de parâmetro interpretativo para aplicação do tratado. Demonstramos que essa proposta é insustentável do ponto do Direito Internacional Público, uma vez que o título e preâmbulo dos tratados é apenas um dos seus elementos interpretativos (sendo considerado, inclusive, secundário), tendo a função primordial de esclarecer o sentido de determinadas disposições quando estas são ambíguas. Não podem, em qualquer hipótese, passar por cima de disposições claras de um tratado, como é o caso das disposições que garantem a não tributação de um rendimento.

Finalmente, analisamos as questões de política fiscal, incorporadas na forma de recomendações nos Comentários à Convenção Modelo da OCDE. Tais recomendações despertaram um interessante debate a respeito das questões de política fiscal do interesse do Brasil e dos países em desenvolvimento em geral. Nesse aspecto, concluímos pelo desinteresse – e também pela falta de eficácia jurídica – das recomendações propostas pela OCDE, visto que o Brasil, ao firmar tratados contra a dupla tributação, tem como principal objetivo a atração de investimentos estrangeiros. Na medida em que o Brasil é um país da fonte, é pequena a chance de que os eventuais prejuízos tributários advindos da elisão fiscal internacional sejam superiores aos investimentos viabilizados pela celebração do tratado contra dupla tributação.

Desse modo, verificamos que as medidas propostas pela OCDE na Ação 6 do Projeto BEPS não se adequam, em sua maior parte, ao Sistema Tributário Nacional, em especial os princípios constitucionais de proteção do contribuinte em face do Estado. Em nosso sistema tributário, é fundamental que a limitação da liberdade individual no âmbito tributário ocorra sob a égide dos princípios da segurança jurídica, legalidade e tipicidade

da tributação. Ademais, necessário considerar que o Brasil, sendo uma nação em desenvolvimento, busca atrair investimentos por meio de tratados contra a dupla tributação, não sendo, necessariamente, um Estado fortemente prejudicado pelo uso abusivo de tratados.

O presente estudo pretendeu demonstrar, apesar da modesta delimitação do objeto de pesquisa, que as propostas da OCDE no âmbito do Projeto BEPS devem ser consideradas de maneira cuidadosa antes de sua implementação no Brasil. Diante da recente candidatura à OCDE e as pretensões de internacionalização da nossa economia, é provável que em um futuro próximo sejamos pressionados a adotar as medidas propostas no Projeto BEPS. Contudo, não podemos ignorar o fato de que as demandas de uma nação em desenvolvimento não correspondem, necessariamente, às de uma nação desenvolvida, e que o fenômeno da erosão da base tributária e transferência de lucros adquire feições distintas no contexto de uma nação em desenvolvimento.

É inegável que o Projeto BEPS tem como principal mérito despertar o reconhecimento internacional no sentido de que a erosão da base tributária e a transferência de lucro é uma questão que revela a obsolescência do atual paradigma do Direito Tributário Internacional. É preciso repensá-lo a partir de novos pressupostos, condizentes com as questões atuais, tendo a cooperação entre os países como elemento central. Ao Brasil e às nações em desenvolvimento pertence a tarefa de enfrentar as soluções que sejam apartadas de sua realidade.

### Referências bibliográficas

ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de Direito Internacional Público. Vol. I.** São Paulo: Quartier Latin, 2009.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. **Comentários ao Código Tributário Nacional, volume 2.** Coordenador: MARTINS, Ives Gandra da Silva. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional tributário brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

ASSEIS, Pedro Augusto do Amaral Abujamra. Ação nº 6 do BEPS e a prevenção de “abusos”: análise crítica. In: GOMES, Marco Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (orgs.), **A Tributação Internacional na Era Pós-BEPS: Soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ÁVILA, Humberto. Planejamento tributário. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 98, p. 74-85, 2006.

AVI-YONAH, Reuven. **Double tax treaties: an introduction.** 2007. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1048441>. Acessado em 02/08/2017.

\_\_\_\_\_; PANAYI, Christiana HJI. **Rethinking Treaty-Shopping: Lessons for the European Union.** 2010. Disponível em: [http://repository.law.umich.edu/law\\_econ\\_current/art7](http://repository.law.umich.edu/law_econ_current/art7). Acessado em 30/09/2017.

BARRETO, Paulo Ayres. **Planejamento tributário: limites normativos.** São Paulo: Noeses, 2016.

BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. The prevention of tax treaty abuse in the BEPS Action 6: a brazilian perspective. **Intertax**, v. 43, n. 12, p. 825-838, 2015.

BIANCO, João Francisco. **Transparência fiscal internacional.** São Paulo: Dialética, 2007.

BORGES, Antônio de Moura. **Convenções sobre dupla tributação internacional.** Teresina: EDUFPI, 1992.



\_\_\_\_\_. Convenções sobre dupla tributação internacional entre estados desenvolvidos e estados em desenvolvimento. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 8, p. 21-38, São Paulo, 1996.

\_\_\_\_\_. Considerações sobre o combate à concorrência tributária internacional prejudicial. **Fórum de Direito Tributário**, v. 12, p. 53-70, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 80.004**. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Brasília, 01 de junho de 1977. Disponível em: <http://tinyurl.com/hynd24f>. Acessado em 05/11/2017.

\_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 04 de setembro de 1997. Disponível em: <http://tinyurl.com/d9po6jb>. Acessado em 05/11/2017.

\_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário nº 466.343**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Inteiro teor, p. 1152. Disponível em: <http://tinyurl.com/ax2k326>. Acessado em 05/11/2017.

BRAUNER, Yariv. What the BEPS? **16 Fla. Tax Rev.** **55**, 2014. Disponível em: <http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/642>. Acessado em 11/07/2017.

COMISSÃO EUROPEIA. **Dictionary of taxation terms**. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 1996.

DE BROE, Luc. **International tax planning & prevention of abuse under domestic tax law**. Leuven, 2007.

DE BROE, Luc; LUTS, Joris. BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse. **Intertax**, v. 43, n. 2., p. 122-146, 2015.

DEVEREUX, Michael P.; VELLA, John. Are we heading towards a corporate tax system fit for the 21st century? **Fiscal studies**, v. 35, n. 4, p. 449-475, 2014.

DUFF, David G. **Responses to tax treaty shopping: a comparative evaluation**. 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1688689>. Acessado em 09/10/2017.

FERNANDES, Rayneider Brunelli Oliveira; BONITO, Rafael Frattari. Treaty shopping: planejamento tributário no plano internacional ou forma de abuso de direito (?). **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 23, 2013.

FILHO, Cosmo Ferreira. **O processo de internalização de tratados no Brasil: o silêncio constitucional e suas consequências.** Monografia (Graduação em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

GONZAGA, Livia Leite Baron. **A interpretação das convenções contra dupla tributação internacional à luz da teoria da argumentação jurídica.** Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento tributário.** São Paulo: Dialética, 2004.

GRUPO DOS 20 – G20. **Declaração dos Líderes do G20 no encontro realizado em Los Cabos, México, em 18 e 19 de junho de 2012.** 2012. Disponível em: <http://www.g20.utoronto.ca/2012/2012-0619-loscabos.html>. Acessado em 25/09/2017.

LANG, Michael. BEPS Action 6: Introducing an antiabuse rule in tax treaties. **Tax Notes Internacional**, vol. 74, n. 7, 2014.

LINDERFALK, Ulf. **Treaty abuse, general international law, and the multilateral convention to implement tax treaty related measures to prevent BEPS: what can be achieved by applying the multilateral convention that cannot already be achieved by applying general international law?** 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2983658>. Acessado em 18/10/2017.

LOBO, Ricardo. **Planejamento tributário: elisão abusiva e evasão fiscal.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MALERBI, Diva Prestes Marcondes. **Elisão tributária.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.

MOLINA, Francisco Javier. DTCs and Double Non-Taxation. In: BLUM, Daniel; SEILER, Markus (ed.). **Preventing Treaty Abuse: Schriftenreihe IStR Band 101.** Viena: Linde Verlag, 2016.

NETO, Luís Flávio. **Teorias do “abuso” no planejamento tributário.** Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

NYBERG, Andreas. **Treaty shopping.** Dissertação (Mestrado) – Departamento de Direito, Universidade de Lund, Lund, 2002.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. OECD. **Harmful tax competition: an emerging global issue**. Paris: OECD Publishing, 1998. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264162945-en>. Acessado em 30/09/2017.

\_\_\_\_\_. **OECD Model Tax Convention: revised proposals concerning the meaning of “beneficial owner” in articles 10, 11 and 12**. Paris: OECD Publishing, 2012. Disponível em: <http://www.oecd.org/ctp/treaties/Beneficialownership.pdf>. Acessado em 01/10/2017.

\_\_\_\_\_. **Combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros**. Paris: OECD Publishing, 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264201248-pt>. Acessado em 25/09/2017.

\_\_\_\_\_. **Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros**. Paris: OECD Publishing, 2014a. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264207790-pt>. Acessado em 25/09/2017.

\_\_\_\_\_. **Two-part report to G20 developing working group on the impact of BEPS in low income countries**. Paris: OECD Publishing, 2014b. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/tax-global/report-to-g20-dwg-on-the-impact-of-beps-in-low-income-countries.pdf>. Acessado em 25/09/2017.

\_\_\_\_\_. **Public Discussion Draft – BEPS Action 6: preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances**. Paris: OECD Publishing, 2014c. Disponível em: <http://www.oecd.org/ctp/treaties/treaty-abuse-discussion-draft-march-2014.pdf>. Acessado em 28/09/2017.

\_\_\_\_\_. Double Taxation and the Use of Conduit Companies. In: **Model Tax Convention on Income and on Capital 2014**. Paris: OECD Publishing, 2014d [1986]. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264239081-99-en>. Acessado em 30/09/2017.

\_\_\_\_\_. Restricting the entitlement to treaty benefits. In: **Model Tax Convention on Income and on Capital 2014**. Paris: OECD Publishing, 2014e [2002]. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264239081-110-en>. Acessado em 30/09/2017.

\_\_\_\_\_. **Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties.** OECD Publishing, 2014f. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264219250-en>. Acessado em 04/08/2017.

\_\_\_\_\_. **Model Tax Convention on Income and on Capital 2014.** Paris: OECD Publishing, 2014g. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264239081-en>. Acessado em 03/10/2017.

\_\_\_\_\_. **Explanatory statement – Final reports.** Paris: OECD Publishing, 2015a. Disponível em: <http://www.oecd.org/ctp/beps-explanatory-statement-2015.pdf>. Acessado em 25/09/2017.

\_\_\_\_\_. **Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstance - BEPS Action 6 - 2015 Final Report.** Paris: OECD Publishing, 2015b. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241695-en>. Acessado em 25/09/2017.

\_\_\_\_\_. **Draft contents of the 2017 update to the OECD Model Tax Convention.** Paris: OECD Publishing, 2017. Disponível em: <http://www.oecd.org/ctp/treaties/draft-contents-2017-update-oecd-model-tax-convention.pdf>. Acessado em 19/10/2017.

PARADA, Leopoldo. **Das Phänomen der doppelten Nichtbesteuerung: Eine Analyse im Lichte des Missbrauchs „hybrider“ Rechtsformen.** Jahrbuch-Max-Planck-Gesellschaft, v. 2016, 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17617/1.28>. Acessado em 18/09/2017.

REINHOLD, Richard L. What is tax treaty abuse? (Is treaty shopping an outdated concept?). **The Tax Lawyer**, vol. 53, nº 3, 2000.

ROCHA, Sérgio André. Treaty shopping e a cláusula de beneficiário efetivo nas convenções sobre a tributação da renda e do capital celebradas pelo Brasil. In: FILHO, Clóvis Panzarini *et al.* (coord.). **Estudos avançados de Direito Tributário – Tributação internacional.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ROSE, Gerd. **Grundzüge des Außensteuerrechts.** Wiesbaden: Springer, 1982.

ROSENBLOOM, H. David. Tax treaty abuse: policies and issues. **15 Law & Pol'y Int'l Bus.** 763, 1983.

\_\_\_\_\_. Derivative benefits: emerging US treaty policy. **22 Intertax** 83. 1994.

SAINT-AMANS, Pascal; RUSSO, Raffaele. **What the BEPS are we talking about?** 2014. Disponível em: <http://www.oecd.org/forum/what-the-beps-are-we-talking-about.htm>. Acessado em 25/09/2017.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Planejamento fiscal através de acordo de bitributação: treaty shopping**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. O desafio do planejamento tributário. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.); FREITAS, Rodrigo de (org.). **Planejamento tributário e “propósito negocial”: mapeamento de decisões do Conselho de Contribuintes de 2002 a 2008**. São Paulo, Quartier Latin, 2010.

TAVOLARO, Agostinho Toffoli. Utilização abusiva dos tratados internacionais de dupla tributação (treaty shopping). **Revista tributária e de finanças públicas**, v. 12, nº 59. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. Direito internacional tributário. In: MARTINS *et. al.* (org.). **Tratado de direito tributário**. São Paulo, Editora Saraiva, 2011.

TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional Tributário e segurança jurídica: método da segurança jurídica do sistema constitucional tributário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. Aplicação dos Tratados e Convenções Internacionais em Matéria Tributária no Direito Brasileiro. In: AMARAL (coord.). **Tratados Internacionais na Ordem Jurídica Brasileira**. 2. ed. São Paulo, Lex, 2014.

UCKMAR, Victor, *et. al.* **Manual de Direito Tributário Internacional**. São Paulo, Dialética, 2012.

VAN RAAD, Kees van. **Model income tax treaties**. Springer Netherlands, 1983.

VAN WEEGHEL, Stef. **The improper use of tax treaties: with particular reference to the Netherlands and the United States**. London: Kluwer Law International, 1998.

VANN, Richard J. International aspects of income tax. In: THURONYI, Victor (ed.). **Tax Law Design and Drafting – Volume 2**. International Monetary Fund, 1998.

VIEIRA, Carlos Renato; CARVALHO, Flavio. A Ação 6 do BEPS e a PPT Rule. In: GOMES, Marco Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (orgs.), **A Tributação Internacional na Era Pós-BEPS: Soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento**. Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

VIEIRA, Luciane Klein. El treaty shopping y las medidas anti-elusión en el derecho brasileño. **Revista Jurídica Tributária**, ano 3, n. 10. Sapucaia do Sul: Notadez, 2010.

VOGEL, Klaus. Double tax treaties and their interpretation. **Int'l Tax & Bus. Law**, v. 4, 1986.

XAVIER, Alberto. **Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisão**. São Paulo: Dialética, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

## Anexo A

### Normas antielisivas contidas nos tratados firmados pelo Brasil

	Israel	México	África do Sul	Peru	Venezuela	Trinidad e Tobago	Turquia	Rússia
1. Norma que condiciona os benefícios convencionais a entidades cuja titularidade seja no mínimo de 50% de residentes dos Estados Acordantes ou atividade empresarial substancial	•		•	•	•			•
2. Norma geral antiabuso	•	•			•		•	•
3. Norma que autoriza a tributação caso o Estado Acordante adote legislação de tributação baixa ou zero para certos rendimentos em relação a certas entidades			•	•	•			•
4. Norma que impede a aplicação da convenção a rendimentos isentos ou com tributação baixa e autoriza a aplicação de normas internas contra evasão, elisão, etc.		•						
5. Norma que impede a aplicação da convenção a certas entidades não residentes nos Estados Acordantes se a sua tributação é mais favorável do que se fossem residentes						•		

### Exemplos de normas em tratados firmados pelo Brasil

1. “1. Se, após a assinatura da presente Convenção, um Estado Contratante adotar uma legislação segundo a qual os rendimentos provenientes do exterior obtidos por uma sociedade:

a) da atividade de navegação;

b) da atividade bancária, financeira, de seguro, de investimento, ou de atividades similares; ou

c) em razão de ser a sede, o centro de coordenação ou uma entidade similar que presta serviços administrativos ou outro tipo de apoio a um grupo de sociedades que exerce atividade empresarial particularmente em outros Estados;

encontrem-se isentos de imposto ou se encontrem sujeitos a tributação a uma alíquota substancialmente inferior à alíquota aplicada aos rendimentos obtidos de atividades similares exercidas em seu próprio território, o outro Estado Contratante não estará obrigado a aplicar qualquer limitação imposta pela presente Convenção sobre seu direito de sujeitar a tributação os rendimentos obtidos pela sociedade de tais atividades exercidas no exterior ou sobre seu direito de tributar os dividendos pagos pela sociedade” (artigo 27.1 do Acordo Brasil-Peru).

2. “Uma autoridade competente de um Estado Contratante poderá negar os benefícios da presente Convenção a qualquer pessoa, ou com relação a qualquer transação, se, em sua opinião, a concessão de tais benefícios constituir um abuso da Convenção em conformidade com seus fins. A autoridade competente do Estado Contratante envolvido comunicará a aplicação desta disposição à autoridade competente do outro Estado Contratante” (artigo 25.2 da Convenção Brasil-Israel).

3. “Uma entidade legal residente de um Estado Contratante e que obtenha rendimentos de fontes no outro Estado Contratante não terá direito nesse outro Estado Contratante aos benefícios da presente Convenção se mais de cinquenta por cento da participação efetiva nessa entidade (ou, no caso de uma sociedade, mais de cinquenta por cento do valor agregado das ações com direito a voto e das ações em geral da sociedade) for de propriedade, direta ou indiretamente, de qualquer combinação de uma ou mais pessoas que não sejam residentes do primeiro Estado Contratante mencionado. Todavia, esta disposição não se aplicará se essa entidade desenvolver, no Estado Contratante do qual for residente, uma atividade empresarial de substância que não seja a mera detenção de títulos ou quaisquer outros ativos, ou a mera prestação de atividades auxiliares, preparatórias ou quaisquer outras atividades similares com respeito a outras entidades associadas” (artigo 28.3 do Acordo Brasil-Rússia).

4. “2. Nenhuma disposição da Convenção, exceto no que diz respeito ao Artigo de "Troca de Informações", será aplicável:

1. aos rendimentos que estejam isentos de imposto num Estado Contratante do qual o beneficiário efetivo do rendimento seja residente, ou aos rendimentos obtidos por esse residente que sejam tributáveis nesse Estado Contratante a uma alíquota menor que a alíquota aplicável ao mesmo rendimento obtido por outros residentes desse Estado Contratante que não se beneficiem dessa isenção ou alíquota;

2. aos rendimentos obtidos por um beneficiário efetivo que seja residente de um Estado Contratante, que goze de uma dedução, restituição ou outra concessão ou benefício, que se relacione direta ou indiretamente com esse rendimento, que não seja o crédito do imposto estrangeiro pago e que não se outorgue a outros residentes desse Estado Contratante.

3. As disposições da presente Convenção não impedirão que um Estado Contratante aplique as disposições de sua legislação nacional relativa a capitalização insuficiente ou para combater o diferimento, incluída a legislação de sociedades controladas estrangeiras (legislação CFC) ou outra legislação similar.

4. As disposições da presente Convenção não impedirão que um Estado Contratante aplique as disposições de sua legislação nacional relativa ao combate da evasão e elisão fiscal ou abuso da Convenção, inclusive as aplicáveis aos créditos respaldados” (parágrafos 2 a 4 do artigo 28 do Acordo Brasil-México).

5. “Esta Convenção não se aplica a nenhuma companhia, “trust” ou sociedade de pessoas residente de um Estado Contratante e de propriedade efetiva ou controle direto ou indireto de uma ou mais pessoas não residentes desse Estado, se o montante do imposto desse Estado incidente sobre os rendimentos da companhia, “trust” ou sociedade de pessoas é substancialmente inferior ao montante do imposto que seria exigido por esse Estado, se todas as ações da sociedade ou todas as participações no “trust” ou todas as quotas da sociedade de pessoas, conforme o caso, fossem de propriedade efetiva de uma ou mais pessoas físicas residentes desse Estado” (artigo 28 do Acordo Brasil-Trinidad e Tobago).